Der relative Rang im Pfandrecht

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Assessor Heinz von Schüching

aus Berlin

Approbiert am 3. II. 1937

Erlangen 1937

Druck: Karl u. Richard Hoffmann, Charlottenburg, Schillerstr. 44.

1937/217

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Der relative Rang im Pfandrecht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0022

Inhalt.

		Seite
I.	Einleitung: Die Aufgabe der Arbeit.	1— 2
II.	Begriff und Wesen des Ranges.	2—16
III.	Die Arten des Ranges.	16—18
IV.	Absoluter und relativer Rang.	18—23
V.	Die Hauptfälle des relativen Ranges im Grundstücksrecht.	23—39
	1. Darstellung der Fälle.	23—34
	2. Eigene Stellungnahme.	34—39
VI.	Relativer Rang im Pfandrecht.	39—67
	1. Darstellung der Fälle.	39—58
	2. Eigene Stellungnahme.	59—67

Literatur.

von Arnswaldt: Die Bedeutung des relativen Ranges in der landwirtschaftlichen Entschuldung, Deutsche Juristenzeitung 1936, 944/945.

Baumbach, Adolf: Kurzkommentar zur ZPO, 9. Auflage 1934.

von Bar: Über den sogenannten selbständigen Charakter der Hypothek, Archiv für zivilistische Praxis, 53, 362 ff.

Beyer: Reflexiver Gleichrang, Bayerische Zeitschrift 31, 135.

Biermann, Johannes: Kommentar zum BGB. Sachenrecht. 3. Auflage 1914.

Brachvogel: Die angebliche Rangänderung des § 892 BGB und des § 20 des Aufwertungsgesetzes, Gruchots Beiträge 69, 46 ff.

Breit, Max: Der Grundbuchrang und seine Probleme, Berlin 1928.

Bremer: Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900—1912.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1932.

Eck-Leonhard: Vorträge zum Bürgerlichen Recht 1903.

Emmerich, Hugo: Pfandrechtskonkurrenzen 1909.

Endemann, P.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Band, Sachenrecht, Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Enneccerus-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 9. Bearbeitung, Marburg 1932.

Fuchs, Eugen: Grundbuchrecht 1902.

— Juristische Rechenkünste, Juristische Wochenschrift 1910, 58/59.

Güthe: Inwieweit ist die Eintragung im Grundbuch für den Rang der dinglichen Rechte maßgebend. Juristische Wochenschrift 1912, 609/621.

Hartung, Johannes: Der Rang der durch Surrogation entstehenden Rechte an Grundstücken, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 1911, 637 ff.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts 1929.

— Grundriß des Sachenrechts 1930.

Hedemann, Justus Wilhelm: Grundriß des Sachenrechts 1924.

Hirsch, Hans Christoph: Die Übertragung der Rechtsausübung 1910.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 5. Auflage, Berlin 1915.

Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung, 5. Auflage, Berlin 1916.

Kriener, W.: Zum § 879 BGB. Rangverhältnis mehrerer Rechte, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1929, Nr. 10/11.

Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 1906.

Langheineken: Anspruch und Einrede, 1904.

— Zur Feststellung des Mindestgebots in der Teilungssubhastation, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, 12, 265 ff.

Oberneck, Hermann: Das Reichsgrundbuchrecht, I. Band, 1909.

Oertmann, Paul: Der Pfanderlös bei Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger, Juristische Rundschau 1932, 49 ff.

— Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jehrings Jahrbücher, 66, 130 ff.

Planck-Brodmann: Sachenrecht, 4. Auflage 1920.

Quassowski: Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken, 5. Auflage 1927.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB. Sachenrecht (Schliewen), 8. Auflage 1934.
Reinhard: Rangvorbehalt und Zwangsversteigerung, Juristische Wochenschrift 1923, 262.
— Einfluß der neueren Gesetzgebung auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 3. Auflage.
— Streifzüge durch das Zwangsversteigerungsrecht, Recht 1923, 170.
Rosenberg, Leo: Sachenrecht 1919.
Schachian, Herbert: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1910.
Scheel, Heinz Adolf: Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache, Marburger Dissertation 1934.
Schmidt, Rudolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1927.
Schultz: Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB, Leipzig 1903.
Staudinger-Kober: Sachenrecht, 2. Teil, 10. Auflage.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivil-Prozeß-Ordnung, 12/13. Auflage.
Strohal: Eigentümerhypothek, Hypothekenerneuerung, Rangordnungsgeschäfte, Iherings Jahrbücher 31, 324 ff.
— Über relative Unwirksamkeit, Wien 1911.
von Tuhr, Andreas: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II 1 1914, II 2 1918.
— Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung, Leipziger Zeitschrift 1918, 131.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band 1930.
Weißler: Unlösbare Rangschwierigkeiten, Juristische Wochenschrift 1926, 135.
Windscheid (Kipp): Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage 1906.
Wunderlich, Georg: Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner, Leipziger Dissertation 1906.
Wolff: Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. Festgabe für Hübler 1905, 63.

I. EINLEITUNG.

Die Aufgabe der Arbeit.

Eine Arbeit, die sich mit dem relativen Rang im Pfandrecht befaßt, muß ihren Ausgang von der Betrachtung des relativen Ranges im Grundbuchrecht nehmen, denn die maßgebenden Grundsätze, die den Rang beherrschen, sind im Zusammenhang mit einer Aufklärung des grundbuchlichen Ranges entwickelt worden. Das erklärt sich mühelos daraus, daß der grundbuchliche Rang im Geschäftsverkehr eine viel weiterreichende Bedeutung gewonnen hat als der Rang von Pfandrechten. Die Sicherung durch Grundpfand ist häufiger als diejenige durch Bestellung von Pfandrechten an beweglichen Sachen, insbesondere aber kann man die Belastung mit mehreren Grundpfandrechten als Regel, die Belastung einer beweglichen Sache mit mehreren Pfandrechten als Ausnahme bezeichnen. So ist es denn auch gekommen, daß man, soweit nicht das Gesetz besondere Bestimmungen getroffen hat, zur Ausfüllung von Lücken Regeln des Grundpfandrechts auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen übertragen hat. Inwieweit sich diese Art der Lückenschließung rechtfertigen läßt, wird in der vorliegenden Arbeit gestreift werden müssen. Jedenfalls kann man aber ohne Gegenüberstellung mit den Grundpfandrechten die Rangverhältnisse bei Pfandrechten an beweglichen Sachen nicht klären.

Die Begrenzung des Themas auf den relativen Rang bringt es mit sich, daß nicht alle Streitfragen behandelt werden, die sich ganz allgemein aus dem Zusammentreffen von mehreren Pfandrechten ergeben können. Sie sind bereits in dem grundlegenden Buch über Pfandrechtskonkurrenzen von Emmerich[1]) eingehend dargestellt worden. Gerade in dieser Schrift wird aber das Problem des relativen Ranges verhältnismäßig kurz behandelt. Das hängt damit zusammen, daß zur Zeit, als das Werk von Emmerich erschien, auch im Grundbuchrecht die

[1]) Pfandrechtskonkurrenzen 1909.

Frage des relativen Ranges noch nicht besonders ausführlich dargestellt worden war. Dies wiederum erklärt sich daraus, daß, wie Breit[2]) zutreffend bemerkt, erst durch das Aufwertungsgesetz Probleme, die bis dahin nur für den Theoretiker geschaffen zu sein schienen, in einer großen Zahl von Fällen erhebliche Bedeutung erlangten. Es wurde nun von vielen Seiten der Versuch unternommen[3]), das Wesen des Ranges noch einmal grundsätzlich zu klären, wobei man auf neue, bisher nicht beachtete Gesichtspunkte stieß. Wenn nun auch nicht behauptet werden darf, daß im Pfandrecht der beweglichen Sachen eine ähnliche, praktisch bedeutsame Wandlung vor sich gegangen ist — denn die Aufwertungsgesetze betrafen nur den Grundbuchverkehr — so hat es die zum Teil neue Betrachtung des Ranges und insbesondere des relativen Ranges im Grundbuchverkehr mit sich gebracht, daß auch die theoretischen Erörterungen über den Rang der Pfandrechte an beweglichen Sachen einer Nachprüfung unterzogen werden müssen. Daraus ergeben sich dann aber auch für die Lösung praktischer Streitfragen wertvolle Anregungen.

Grundsätzliche Folgerungen aus relativen Rangverhältnissen kann man nicht ziehen, ohne vorher festgestellt zu haben, was der Rang bedeutet und was Relativität im Recht besagt. Dabei kann aber das Problem der Relativität nur insoweit zum Gegenstand der Arbeit gemacht werden, als es für die Erklärung des relativen Ranges unbedingt erforderlich erscheint. Im Anschluß daran soll dann versucht werden, darzulegen, in welcher Weise die sich aus einer relativen Rangordnung im Pfandrecht beweglichen Sachen ergebenden Streitfragen gelöst werden können.

II. Der Begriff und das Wesen des Ranges.

Die Meinungen darüber, was der Rang zu bedeuten hat, gehen auseinander. Einig ist man sich darin, daß von einem Rang erst gesprochen werden kann, wenn mehrere Rechte miteinander konkurrieren. Das Zusammentreffen mehrerer Rechte

[2]) Der Grundbuchrang und seine Probleme. Berlin 1928, S. 1; vergl. auch Planck-Brodmann, Komm. z. Sachenr. Anm. 4 d. Vorb. z. §§ 879—81.

[3]) Vergl. die Angaben bei Breit a. a. O. S. 38, über das einschlägige Schrifttum.

bringt es mit sich, daß eine Regelung darüber getroffen wird, wie die sich bei der Ausübung der Rechte unter Umständen ergebenden Kollisionen am besten lösen lassen. Die Beseitigung der Schwierigkeiten setzt aber voraus, daß zunächst die Stellung des einen Rechts zum anderen in irgendeiner Weise sichtbar gemacht wird. Das einfachste Mittel ist die Verdeutlichung durch Eintragung in Bücher. Dies System hat man für den Grundstücksverkehr bevorzugt. Es war schon deshalb erforderlich, weil die Verwickelungen, die sich im Grundstücksverkehr bei der Konkurrenz von Rechten ergeben können, ungleich größer sind, als diejenigen im Geschäftsverkehr beweglicher Sachen. Wo wie im letzteren die Verdeutlichung durch Eintragung in Bücher nicht gewählt ist — der Ausnahmefall des sogenannten Registerpfandrechts kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben[4]) — fehlt eine solche überhaupt, denn die zeitliche Reihenfolge, welche in diesen Fällen gewöhnlich in Frage kommt, wird für den Dritten nur dadurch erkennbar, daß er von den Geschehnissen erfährt. Daraus geht hervor, daß die Unterlagen für die Lösung der Rangstreitigkeiten nicht einheitlich sind. Weiter ist hervorzuheben, daß nicht bei allen Rechten die Konkurrenz, in die sie zueinander treten, in der Weise geschlichtet ist, daß eine feste Folge vom Gesetz überhaupt angeordnet wird. Die mehreren insbesondere obligatorischen Ansprüche pflegen, da das Gesetz zu diesem Punkt mit geringen Ausnahmen schweigt, in der Weise erfüllt zu werden, daß der Gläubiger, der sich zuerst meldet, Befriedigung erhält und die anderen unter Umständen leer ausgehen müssen, falls der Schuldner geneigt ist, denjenigen, der sich zuerst meldet, zuerst zu befriedigen, oder falls es diesem oder jenem gelingt, sich im Wege der Zwangsvollstreckung als erster Erfüllung seiner Forderung zu erzwingen. Infolgedessen kann man von einem Rangverhältnis schuldrechtlicher Ansprüche zueinander, jedenfalls im Gebiete des Bürgerlichen Rechts, überhaupt nicht sprechen[5]). Das muß schon bei der begrifflichen Feststellung des Ranges berücksichtigt werden, weil Rang als Begriff ohne

[4]) Dazu Schmidt (Rudolf), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts § 164 I 3, S. 410; ferner Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Sachenrecht — § 160 II Ziff. 2, 3, 4. S. 608/609.

[5]) Dazu v. Tuhr, Der Allgem. Teil d. Bürgerl. Rechts II 2 S. 573.

eine Rangordnung inhaltlos wäre, Rangordnungen aber überhaupt erst vom Gesetz geboten werden und die begriffliche Festlegung von dem auszugehen hat, was das Gesetz vorsieht, nicht aber davon, was das Gesetz unter Umständen vorsehen könnte. Der Rangbegriff ist also positiven Normen des Gesetzes zu entnehmen, die sich mit einer Rangordnung befassen, da das Gesetz nun einmal darauf verzichtet hat, selbst eine Definition des Ranges zur Verfügung zu stellen. Nun gibt es allerdings auch für obligatorische Rechte außerhalb des Bürgerlichen Rechts und der Zivilprozeßordnung eine Rangordnung, nämlich im Konkurs[6]). Die daselbst vorgesehene Regelung beim Zusammentreffen von gewissen Ansprüchen, insbesondere der sogenannten bevorrechtigten Konkursforderungen (Vorrang), aber auch der gewöhnlichen Konkursforderungen untereinander (Gleichrang) kann bei der Feststellung des Rangbegriffes nicht außer Betracht bleiben. Dabei muß man versuchen zu ermitteln, ob der Rangbegriff für dingliche und obligatorische Rechte der gleiche ist, wie dies Breit[7]) behauptet.

Geht man davon aus, daß das Rangverhältnis der Vermeidung von Konkurrenzen oder Kollisionen der Rechte dient[8]), dann ist damit bereits eine wichtige Wesenheit des Ranges hervorgehoben. Insbesondere ist mit dieser Erkenntnis die weitere verknüpft, daß von dem Rang eines Rechtes keine Rede sein kann, wo eine solche Konkurrenz fehlt, daß also gewissermaßen ein Recht für sich allein ranglos[9]) ist. Eine ganz andere Frage ist es, ob nicht auch ein solches rangloses Recht in sich schon verhalten den Rang trägt[10]), der erst dann, wenn das Recht mit einem zweiten Recht zusammentrifft, sichtbar wird. Bei Rechten nämlich, deren Rang die zeitliche Reihenfolge ihrer Entstehung bestimmen soll, ließe sich denken, der Umstand, daß das Recht zu einem bestimmten Zeitpunkt begründet wurde, sei eine dem Rechte innewohnende Eigentümlichkeit und damit also eine Eigenschaft, die es zwar schon besitzt, bevor das

[6]) v. Tuhr ebenda S. 574 und Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung S. 35.

[7]) A. a. O. S. 5; v. Tuhr a. a. O. S. 572, spricht von Rangordnung bei dinglichen und sonstigen Rechten, die durch konstitutive Übertragung aus dem Mutterrecht entstanden sind.

[8]) Breit a. a. O. S. 3.

[9]) Rosenberg, Sachenrecht S. 245.

[10]) Vergl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 101 ff.

zweite Recht entsteht, die sich aber erst auswirken kann, wenn das zweite Recht entsteht. Mit Rücksicht darauf, daß erst die Begründung des zweiten Rechts praktische Auswirkungen aus dem nun in Erscheinung tretenden Rangverhältnis hervorruft, hat man bei der Untersuchung der Frage, was Rang bedeutet, auf die hier angedeutete verhaltene Eigenschaft im allgemeinen gar nicht abgestellt. Immerhin darf nicht übersehen werden, daß der starke wirtschaftliche Wert, den, wie noch zu zeigen sein wird, ein Vorrang besitzt, bereits zu einer Zeit vorhanden ist, wo von einer Konkurrenz von Rechten gar nicht gesprochen werden kann. Dem entspricht auch der Sprachgebrauch. Wenn jemand nämlich eine auf einem Grundstück als einzige lastende Hypothek hat, so nennt er sie ungenau „erste Hypothek". Damit deutet er den wirtschaftlichen Wert, den diese Hypothek im Falle ihres späteren Zusammentreffens mit anderen Hypotheken haben wird, an. Selbstverständlich wird erst, wenn die späteren Rechte entstehen, das Konkurrenzproblem wach.

Bei der Begriffsbestimmung des Ranges wird in erster Linie darauf abgestellt, daß die Rechtsverwirklichung in der Verteilung eines bei einer Zwangsvollstreckung sich ergebenden Erlöses besteht[11]). Es ist aber zu beachten, daß es noch andere Möglichkeiten der Konkurrenz gibt, insbesondere kann dort, wo das jeweilige Recht zugleich auch zum Besitze einer Sache befugt, an der es besteht, ein Streit ausbrechen, wem von den mehreren Berechtigten der Besitz gebührt[12]). Aus diesem Grunde ist zu fragen, ob denn eine einheitliche Begriffsbestimmung überhaupt möglich ist, oder ob schon um der verschiedenen Auswirkungen willen, die der Rang haben könnte, der Begriff selbst zwiespältig sein muß. Ausgangspunkt pflegt jedenfalls das Verteilungsproblem zu sein, schon deshalb, weil es das praktisch bedeutsamste ist. Man geht gewöhnlich so vor, daß man die Konkurrenz von Hypotheken und Pfandrechten miteinander vergleicht und dabei, weil der Besitzkonflikt für Hypotheken ausschaltet, die Erlösverteilung aus der verhafteten Sache als das einzige Problem den Rangbegriffserörterungen voranstellt. Dabei heißt es dann, daß die Reihenfolge der Verwirklichung der Rechte sich nach dem Rang richte. So

[11]) Komm. von Reichsgerichtsräten zum BGB, Anm. 1 zu § 879.
[12]) Vergl. Emmerich a. a. O. S. 142 ff.

gesehen kann also Breit[13]) den Rang dahin bestimmen, daß er „die Stufe der Anwartschaft auf Erfüllung bei Vermeidung der Konkurrenz mehrerer Rechte bei ihrer Verwirklichung bedeute". Zutreffend folgert Breit daraus, daß der Rang nur Rechtsbeziehungen zwischen Gläubigern eines Schuldners als Mitinteressenten untereinander erzeuge, ohne daß diese sonst in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zueinander zu stehen brauchten. Bedenken dagegen erweckt die Behauptung Breit's, daß ungleichartige Rechte zwar auch konkurrieren können, daß aber der Rang nur das Konkurrenzproblem gleichartiger Rechte löse[14]). Dem steht die Regelung des Verhältnisses verschiedenartiger Grundbuchrechte entgegen. Eine Grunddienstbarkeit oder ein Nießbrauch kann einer Hypothek oder Grundschuld im Rang vor- oder nachgehen. Wenn Breit meint, in all diesen Fällen sei zwar wie beim Rangverhältnis eine Rechtskonkurrenz vorhanden, sie werde aber mittels der Unwirksamkeit des einen Rechts gelöst, so ist das nicht zutreffend. Es hat den Anschein, als beherrsche Breit die Vorstellung, daß das Rangproblem eigentlich nur bei der Verwirklichung des Rechts in Gestalt der Umsetzung des Rechts in ein solches auf einen Gelderlös in Frage komme und daß aus diesem Grunde die Rechte gleichartig sein müßten. Dabei wird aber gar nicht berücksichtigt, daß ein Nießbrauch zum Beispiel bei der Zwangsversteigerung in das Grundstück in ein Kapitalrecht umgedeutet werden muß, das mit einem bestimmten Betrag in der Zwangsversteigerung eingesetzt wird und nun entweder, wenn es im Range der Hypothek nachgeht, — falls es nicht übernommen wird - - ausfällt, oder aber zur Auszahlung gelangt, wenn es nämlich der Hypothek vorgeht und der Erlös nicht ausreichen würde, um noch beide Rechte zu decken[15]). Allerdings erscheinen in der Zwangsversteigerung beide Rechte jetzt gewissermaßen auf derselben Ebene, ihr geldwerter Gehalt steht allein in Frage. Das hindert jedoch nicht, daß die Rechte vorher als ungleichartige im Sinne Breit's angesehen werden müssen, mag er auch als Beispiel von einem anderen Fall, nämlich davon ausgehen, daß

[13]) A. a. O. S. 4.
[14]) Dazu KG. in JW. 1926 S. 1016 Nr. 3.
[15]) Vergl. Jäckel-Güthe, Komm. zum ZVG Anm. 12 zu den §§ 50 u. 51.

ein Erbbaurecht zu einem eingetragenen Vorkaufsrecht in keinem Rangverhältnis stehen könne; in der von Breit zitierten kammergerichtlichen Entscheidung wird übrigens ein solches Rangverhältnis zwischen Erbbaurecht und Vorkaufsrecht zutreffend bejaht[16]). Das andere Beispiel von Breit, eine Vormerkung könne mit den übrigen Eintragungen im Grundbuch durch kein Rangverhältnis verbunden sein, begegnet folgenden Bedenken: Einmal ist die Vormerkung kein Recht[17]), und Breit geht gerade davon aus, das Rangverhältnis von Rechten zu besprechen, sodann aber würde, wenn man entweder der abzulehnenden Gegenmeinung[18]) folgt, wonach die Vormerkung doch ein Recht ist, oder wenn man die Eintragung der Vormerkung gerade um ihres rangerhaltenden Zweckes willen bei der Betrachtung des Ranges untereinander dem eingetragenen Recht an die Seite stellt, von einem Rangverhältnis des bloß vorgemerkten zum eingetragenen Recht sehr wohl sprechen können. Das gilt nicht nur dann, wenn man das vorgemerkte Recht mit einem Recht vergleicht, welches dem Recht gleichartig ist, das sich aus der Vormerkung entwickelt, sondern auch dann, wenn es ihm ungleichartig ist; man denke an eine Vormerkung, die eine einzutragende Reallast schützen soll im Verhältnis zu einer Grundschuld und die Auswirkungen, die sich angesichts der Bestimmung, daß vorgemerkte Rechte unter Umständen wie eingetragene zu behandeln sind[19]), ergeben können. Freilich würde ein Rangverhältnis da von vornherein ausscheiden müssen, wo die Vormerkung den Anspruch auf ein Recht sichern soll, das mit einem anderen Recht gar nicht konkurrieren kann. Man denke an den Fall einer Vormerkung zur Sicherung eines Auflassungsanspruchs und deren Stellung zu einer Hypothek. Da das Grundeigentum mit einer Hypothek nicht konkurrieren kann, wird auch die Vormerkung mit der Hypothek nicht konkurrieren. Schon aus diesem Grunde kann

---

[16]) Breit a. a. O. S. 43 und Anm. 14 auf S. 6 der Arbeit.
Rosenberg, Sachenrecht S. 242/43 macht darauf aufmerksam, daß der Rang bei Rechten, die auf den Gebrauch der Sache gerichtet sind, — Erbbaurecht, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch — auch schon vor der Eintragung eine Rolle spielt.

[17]) Wolff, Sachenrecht § 48 VII 1 S. 149; herrschende Meinung.

[18]) Fuchs LZ 1914 S. 3 ff.

[19]) Z. B. § 24 KO, § 48 ZVG.

von einem Rangverhältnis keine Rede sein. Breit's Behauptung ging aber dahin, daß verschiedenartige Rechte zwar konkurrieren können, eine Rangbeziehung zwischen ihnen jedoch ausgeschlossen ist.

Um zu einer festen Rangdefinition zu gelangen, werden Eigenschaften des Ranges entwickelt. Dabei läuft die Betrachtung im wesentlichen auf die Feststellung hinaus, daß der Rang Verdrängungscharakter besitze. Entweder handelt es sich dabei um Vor- und Nachrang oder um Gleichrang[20]). Bei Vor- und Nachrang weicht unter Umständen das nachrangige Recht dem vorrangigen völlig. Jedenfalls steht fest, daß erst das eine und dann das andere Recht verwirklicht wird. Beim Gleichrang hingegen ist die Verdrängungskraft schwächer. Die Rechte müssen verhältnismäßig befriedigt werden — wo es sich z. B. um die Erlösverteilung handelt — oder der Umstand, daß mehrere Rechte den gleichen Rang haben, kann dazu führen, daß andere Auswirkungen des Rechts, z. B. die Inbesitznahme nur von allen Rechtsinhabern gemeinschaftlich oder aber, soweit dies überhaupt objektiv möglich ist, jeweils nur teilweise erfolgen kann; dabei ist die Frage, ob die mehreren Beteiligten gemeinschaftlich oder jeder für sich zum Teil vorgehen können, nicht eine solche des Ranges, sondern der außerranglichen Rechtsbeziehungen der mehreren untereinander. Diese Unterscheidung ändert aber nichts an der Tatsache, daß auch beim Gleichrang Verdrängung oder Einschränkung vor sich geht. Wenn also Breit[21]) den Rang als den Verdrängungswert eines Rechts im Verhältnis zu konkurrierenden Rechten bezeichnet, dann ist damit zunächst gar nicht eine Eigenschaft des Rechts ausgesprochen, als vielmehr eine solche des Ranges. Ob der Rang selbst wieder eine Eigenschaft des Rechtes ist und, wie Breit meint, geradezu die wichtigste, ist eine andere Frage.

Bei dem Versuch, sich über das Wesen des Ranges klar zu werden, hat man häufig zwischen zwei Fragen nicht scharf genug unterschieden: welches ist die wesentliche Eigenschaft des Ranges und ist der Rang selbst wiederum eine Eigenschaft

[20]) Zusammenstellung von Fällen, wo Rechte aus verschiedenen Abteilungen Gleich- bzw. Vor- und Nachrang haben: bei Kriener, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1929 Nr. 10 und 11.

[21]) A. a. O. S. 8.

des Rechts? Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Rang eine Eigenschaft des Rechtes ist, dann hat allerdings das Recht auch selbst die Eigenschaft dieser Eigenschaft. Man darf aber bei der Prüfung nicht in der Weise verfahren, daß man die Eigenschaften des Ranges aufzählt und damit schon den Rang zu einer Eigenschaft des Rechts erklärt, sondern man muß unabhängig von dem, was man als Eigenschaft des Ranges feststellt, ganz allgemein prüfen, was man unter Eigenschaften eines Rechts zu verstehen hat. Erst wenn man diese Untersuchung durchgeführt hat, kann man erforschen, ob der Rang dem entspricht, was man als Eigenschaft eines Rechts ganz allgemein bezeichnen muß. Die Eigenschaften eines Rechts müssen aber wieder in der Definition des Rechts sichtbar werden. Wenn man eine der zahlreichen Definitionen als Grundlage wählt, z. B. Recht sei die dem einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Macht[22]), dann müßte auch der Rang eine von der Rechtsordnung anerkannte Machtstellung bedeuten. Wenn dies der Fall ist, dann ist der Rang eine Eigenschaft des Rechts. Sehr bezeichnend hat denn auch Breit, der bei seiner Untersuchung den hier vorgeschlagenen Weg nicht beschritten hat, erklärt: Rang verleihe einem Recht eine gewisse Stärke, er sei mit anderen Worten eine Rechtseigenschaft genau wie Bedingtheit oder Verzinslichkeit[23]). Dem Sinne nach hat Breit recht, es ist aber bedenklich, den Rang dem Recht überhaupt gegenüberzustellen; das geschieht jedoch, wenn man sagt, der Rang verleihe einem Recht etwas. Auch Bedingtheit und Verzinslichkeit verleihen dem Recht nicht eine Stärke, sondern sind etwas, woraus das Recht als Machtposition überhaupt besteht. Bei der geschilderten Betrachtung wird nicht genügend darauf Bedacht genommen, daß die Eigenschaft eines Rechts wie auch einer Sache etwas sein muß, was ihr anhaftet, was ihr innewohnt[24]). Zu diesem Ergebnis haben denn auch die Untersuchungen geführt, die man im Anschluß an § 119 Abs. 2 BGB angestellt

[22]) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, allgem. Teil § 65 II S. 201.

[23]) A. a. O. S. 5; Jaeger, Komm. zur KO Anm. 11 zu § 61. Vergl. ferner Heck, Sachenrecht § 24 S. 91, der den Interessengehalt eines Rechts als durch die Konkurrenz anderer dinglicher Rechte aus derselben Sache mitbestimmt behauptet.

[24]) Fuchs, Grundbuchrecht, Anm. 11 a zu § 879.

hat[25]), wobei man insbesondere erkannt hat, daß es nicht die Eigenschaft eines Rechts oder einer Sache sei, kein anderes Recht oder keine andere Sache zu sein[26]). Die Verzinslichkeit einer Forderung ist deshalb eine Eigenschaft der Forderung, weil durch sie das Maß der Machtstellung des einzelnen in bestimmter Richtung festgelegt wird.

Die Besonderheit des Ranges als Eigenschaft eines Rechts steckt nur darin, daß diese Eigenschaft dem Recht erst dann zugesprochen wird, wenn das Recht mit anderen Rechten konkurriert[27]). Man könnte deshalb meinen, daß ein Umstand, der erst nach der Entstehung des Rechts diesem eine besondere Stärke verleiht, nicht gut dem Recht immanent sein kann. Der Einwand ließe sich nicht durch den Hinweis darauf erledigen, daß auch eine nachträgliche Vereinbarung, z. B. der Verzinslichkeit, das Recht in seinem Inhalt verändere. Denn wie dargelegt, ist eine verzinsliche Forderung etwas anderes gegenüber einer unverzinslichen Forderung, der hinzutretende Umstand schafft etwas neues; der Rang jedoch, der vorher nicht vorhanden gewesen sein soll, wird nicht erst durch eine das Recht, um dessen Rang es sich handelt, inhaltlich ändernde Vereinbarung geschaffen. Da aber zeigt es sich eben, daß der Rang eine dem Recht bereits verhalten innewohnende Eigenschaft war, die sich erst auswirken kann, wenn ein neues Ereignis, die Konkurrenz mit einem zweiten Recht, hinzukommt. Das Recht hatte die Eigenschaft mit der Entstehung; aber diese Eigenschaft wird erst sichtbar, wenn das andere Recht auftritt. Es ist, wie an anderer Stelle angedeutet[28]), eine verhaltene Eigenschaft. Gerade, weil die Ereignisse, die dann den Rang bestimmen, sei es die Entstehung des Rechts als solche, sei es eine Eintragung, die meist, wo sie nötig ist, die Entstehung erst mit herbeiführt, vor dem Ereignis liegen, das den Rang wachruft, wird die hier vertretene Auffassung gerechtfertigt. So gesehen kann und muß man den Rang als Eigenschaft des Rechts auffassen. Welcher

[25]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 157 III S. 524 ff.
[26]) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse § 112 III S. 407/408.
[27]) Hirsch a. a. O. S. 35: der Rang ist kein essentiale, sondern ein accidentale des Rechts.
[28]) S. 4 der Arbeit.

speziellen Art diese Eigenschaft des Rechts aber ist, das hängt von der Eigenschaft des Ranges ab. Was ihn betrifft, so wurde hier bereits die von Breit übernommene Kennzeichnung, der Rang habe verdrängenden Charakter, gebilligt.

Damit erledigen sich gleichzeitig die Versuche derer, welche den Rang selbst als Recht bezeichnen wollen und dies, wie Breit[29]) hervorhebt, aus den §§ 401 II und 418 II BGB herleiten, weil in diesen Vorschriften von Vorzugsrechten die Rede sei. Es ist richtig, daß mit dem Übergang eines Rechts auch dessen Eigenschaften dem neuen Rechtsinhaber zustehen, ohne daß deshalb sich aus dem Recht ergebende Einzelbefugnisse selbständige Rechte wären. Rang als Eigenschaft des Rechts gewährt Befugnisse, er ist aber deshalb nicht eine selbständige Befugnis. Wenn freilich Breit an dieser Stelle meint, man spräche in der Umgangssprache ja auch von einem Kündigungsrecht, ohne daß „die Kündigung oder Kündigungsbefugnis juristisch ein Recht wäre", so muß dieser Beweisführung entschieden widersprochen werden. Kündigungsbefugnis ist ein Recht, und zwar ein Gestaltungsrecht[30]), die Kündigung hinwiederum ist kein Recht, sondern Ausübung der Kündigungsbefugnis, also eine Willenserklärung; Rechte endlich, die „juristisch" keine Rechte sind, gibt es nicht, denn Recht ist überhaupt nur Begriff der Rechtsordnung, außerhalb dieser entfällt er.

Die anderen Begriffsbestimmungen, die man in Lehr- und Erläuterungsbüchern sowie in Entscheidungen antrifft, sind zum großen Teil unbrauchbar insoweit, als sie nicht das Wesen des Ranges in seiner Beziehung zu dem Recht, dem er zugehört, klarstellen, zum Teil sind sie irrig. Die Übersicht, die Breit gibt[31]) und die von Planck[32]) erwähnt wird, zeigt dies deutlich. Wenn z. B. Reinhard sagt[33]), der Rang als solcher sei kein Recht am Grundstück, dann kennzeichnet er damit nur ein Negativum. Wenn Rosenberg[34]) hervorhebt, der Rang sei kein

[29]) A. a. O. S. 7.
[30]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 66 I 3 a δ S. 205.
[31]) A. a. O. S. 6.
[32]) Anm. 3 der Vorbemerkungen zu den §§ 879—881.
[33]) Streifzüge durch das Vollstreckungsrecht: Recht 1923 S. 170.
[34]) Sachenrecht, Vorbem. zu den §§ 879—881 S. 242.

Recht, auch kein dingliches, sondern nur wie der Besitz die Grundlage von Rechten, der Rang bilde keinen Teil des Inhalts des mit dem Rang ausgestatteten Rechts, stehe vielmehr außerhalb des Rechts als ein Attribut, eine Eigenschaft, wie etwa die Zubehöreigenschaft[35]), so ist dazu folgendes zu bemerken. Als Eigenschaft des Rechts steht der Rang nicht außerhalb des Rechts; ferner, was der Rang bedeutet, hängt wesentlich von dem Inhalt des Rechts ab. Gewährt nämlich das Recht z. B. Besitzbefugnisse, dann äußert sich die Verdrängungskraft des Ranges anders als bei Befugnissen, die sich in Geldbefriedigung erschöpfen. Wenn weiter Warneyer[36]) es ablehnt, den Rang als selbständiges Recht anzusehen und ihn außerhalb des Inhalts des Rechts stellen will und dann fortfährt: das Rangverhältnis regelt vielmehr nur die Reihenfolge der Verwirklichung von mehreren denselben Gegenstand belastenden und deshalb konkurrierenden Rechten, so fehlt hier jede Begriffsbestimmung. Im ersten Teil äußert sich Warneyer rein negativ, im zweiten Teil sagt er — nicht erschöpfend —, wozu der Rang dient. In welcher Beziehung er zu dem Recht, dem er angehört, steht, verschweigt er. Wenn das Kammergericht[37]) und Güthe[38]) den Rang als Bestandteil des Rechts nach der Eintragung bezeichnen, so verträgt sich diese Begriffsbestimmung nicht mit der hier vertretenen Auffassung, wonach schon vor der Eintragung dem Recht diese Eigenschaft verhalten innewohnt; außerdem aber paßt die Definition dann nicht, wenn das Recht als einziges eingetragen ist, denn nach der auch von dem Kammergericht und Güthe gebilligten Meinung soll ja gerade von einem Rang keine Rede sein können, bevor nicht die Kollision mit anderen Rechten eingetreten ist. Aus der von Fuchs[39]) gewählten Formulierung, Rangverhältnis sei der dingliche Rechtszustand, das heißt, das dingliche Recht in Ansehung des Ranges, kann man nichts entnehmen, denn was Rang eigentlich ist, sagt Fuchs mit dieser Umschreibung nicht. Insoweit als er fortfährt, der Rang

[35]) A. a. O. S. 243.
[36]) Komm. zum BGB Anm. I zu § 879.
[37]) Recht 1907 S. 2304/05.
[38]) JW 1912 S. 615.
[39]) Grundbuchrecht, Anm. 1 zu § 879. Fuchs lehnt in Anm. 11 daselbst die Anschauung der Protokolle, wonach es eine Rangänderung in Form der Zession von Rangrechten gebe, ab.

bestimme die Reihenfolge, in der die einzelnen Rechte bei einer Konkurrenz Berücksichtigung finden, wird wieder nur gesagt, wozu eine Rangordnung da ist, nicht aber, wie das Verhältnis von Rang zum Recht, dem er zugehört, beschaffen ist. Scharf gegenüber stehen sich die Ansichten von Wolff und Planck. Während letzterer[10]) betont, der Rang gehöre nicht zum Inhalt des Rechts, sondern bilde eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Dinglichkeit der Rechte, die mit dem Rechtsinhalte nichts zu tun hat, erklärt Wolff[11]), die durch den Rang, der selbst kein Recht sei, erzeugten Vorzugsrechte seien nicht selbständige neben dem Liegenschaftsrecht stehende Rechte, sondern Teile seines Inhalts[12]). Wenn man, wie hier, Rang als Rechtseigenschaft ansieht, dann muß man die Planck'sche Ansicht ablehnen. Sie unterliegt aber auch dem weiteren Bedenken, daß Planck, wenn er Rang als Folge der Dinglichkeit von Rechten auffaßt, nicht beachtet, daß Rangverhältnisse auch bei obligatorischen Rechten — im Konkurs — in Frage kommen können, also die Dinglichkeit des Rechts nicht bestimmend sein kann. Wolff[13]) wiederum, der die durch den Rang erzeugten Rechte als Rangrecht zusammenfassen will, erweckt durch diese Betrachtung trotz seiner ausdrücklichen Ablehnung, daß Rang ein Recht sei, immerhin doch den Anschein, daß er das Rangrecht bis zu einem gewissen Grade jedenfalls verselbständigt sieht; das würde wiederum nicht dazu passen, daß er es gleichzeitig zum Inhalt des Rechts erklärt. Auch entfernt sich diese Verselbständigung von der hier vertretenen Meinung, wonach der Rang eine Eigenschaft sei, beträchtlich. Die weiter von Breit[14]) zitierten Äußerungen Oberneck's und Crome's, welch letzterer den Begriff des Ranges der dinglichen und obligatorischen Rechte zusammenfaßt[15]), enthalten keine eigentlichen Begriffsbestimmungen.

Rosenberg[16]) hat nun gemeint, daß die Charakterisierung

---

[40]) Anm. 3 der Vorbem. zu den §§ 879—881; vergl. auch Hirsch a. a. O. S. 35.
[41]) A. a. O. § 42 Einleitung S. 120.
[42]) S. auch Komm. von Reichsgerichtsräten zum BGB Anm. 1 zu § 880.
[43]) Vergl. Sachenrecht § 42 Einleitung S. 120.
[44]) A. a. O. S. 6.
[45]) System des Deutschen Bürgerlichen Rechts I § 113.
[46]) A. a. O. S. 242.

als Eigenschaft nur einen die Vorstellung erleichternden Wert habe, nicht aber einen juristisch faßbaren Begriff enthalte. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Eigenschaft ist ein Rechtsbegriff. Fehlen oder Vorhandensein bestimmter Eigenschaften löst diese oder jene Rechtswirkung aus. Es genügt in dieser Beziehung, auf den bereits oben erwähnten § 119 II BGB zu verweisen. Mag daselbst auch nur von Eigenschaften einer Sache oder Person die Rede sein, in der Rechtslehre[47]) wird § 119 II BGB auch auf Eigenschaften von Rechten ausgedehnt, ferner ist der Begriff außerhalb des § 119 BGB jedenfalls anerkannt. Das Fehlen der Eigenschaft kann aber für den Rechtsverkehr bedeutende Folgen haben. Es wäre daher z. B. nur die Frage[48]), ob der Umstand, daß ein Recht einen anderen Rang hat, als den, welchen die eine oder andere Partei ihm hat geben wollen, das heißt, ob der Irrtum über den Rang des Rechts bei seiner Entstehung, etwa der Eintragung im Grundbuch, demjenigen, der Wert darauf legen darf und legt, die Befugnis zur Anfechtung seiner das Recht mitbegründenden, in der Einigung des § 873 BGB liegenden Willenserklärung oder Bewilligung gibt oder nicht, sei es nach § 119 II BGB, sei es nach § 123 BGB[49]).

Streit herrscht darüber, ob der Rang sich lediglich[50]) als obligatorischer Anspruch auswirkt, wonach ein Gläubiger von einem Mitgläubiger verlangen kann, daß dieser eine Vorwegbefriedigung oder anteilige Befriedigung dulde. Diese von Breit[51]) vertretene Auffassung lehnt also einen besonderen dinglichen Rang entschieden ab. Breit erklärt die Ausdrucksweise des § 46 GBO (jetzt § 45 GBO), wo von einem Rang der Eintragung gesprochen wird, für grundfalsch und deutet die Formulierung so,

[47]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 157 III 4 Anmerkung 26.

[48]) Vergl. dazu Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht S. 306 Anm. 5. zu § 32.

[49]) Zu dieser Frage vergl. RG 89, 29, wo Anfechtbarkeit nach § 119 I bejaht wird, während von Tuhr L. Z. 1918 S. 131 ff. die Heranziehung von § 119 I verneint, da es sich um einen Motivirrtum handele; ferner RG 75, 271 und Planck-Brodmann Anm. 6 b zu § 879 sowie Wolff Sachenrecht § 41 Anm. 13.

[50]) Dagegen besonders Mügel DJZ 1929 S. 404 ff, auch Oberneck das Reichsgrundbuchrecht Anm. 5 zu § 40 S. 352 warnt ausdrücklich davor, die miteinander konkurrierenden Gläubiger als in einem Schuldverhältnis zueinander stehend anzusehen.

[51]) Breit a. a. O. S. 7.

daß die Grundbuchordnung in ihren Formalvorschriften allgemein unter „Eintragung" abstrakt dasjenige Recht verstehe, das im Eintragungsvermerk in Erscheinung trete. Demgegenüber verficht Rosenberg[52]) den Standpunkt, daß die genannte Gesetzesvorschrift den Begriff des Ranges zum Teil anders verwende als die §§ 879 ff. BGB. Beispielsweise könne man nicht im Sinne der §§ 879 ff. BGB, wohl aber im Sinne des § 46 GBO sagen, daß, wenn bei demselben Recht eine Abtretung und eine Vorrangseinräumung eingetragen werden sollen, die „Eintragung" der Abtretung mit dem Rang nach der Vorrangseinräumung angeordnet werde. Daß die Auswirkungen des Ranges sich in Verdrängungsansprüchen erschöpfen, muß geleugnet werden. Dies wäre der Fall, wenn mehrere Gläubiger untereinander abmachen, der eine solle sich die Vorwegbefriedigung durch den anderen gefallen lassen. Hier würde dann das einen Erlös verteilende Gericht sich an diese schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander nicht zu halten brauchen; es bliebe vielmehr den Schuldnern überlassen, die Sachlage ihren Vereinbarungen nachträglich anzupassen. An sich könnte das Gesetz bei der Regelung der Rangverhältnisse diesen Weg gewählt haben und dem Range dieselbe Kraft wie einer Rangvereinbarung obligatorischer Natur beigelegt haben. Das ist aber nicht geschehen[53]), vielmehr verteilt der Richter ohne weiteres gemäß der Rangordnung, die das Grundbuch ergibt[54]), so daß der durch die Eintragung klargestellte Rang unmittelbare Wirkung äußert. Sollten zwei Gläubiger dann trotzdem eine von dieser Rangfolge abweichende Regelung vereinbart haben, ohne daß sie durch eine Eintragung eine Rangänderung im Grundbuch ersichtlich gemacht haben, dann bleibt es eben den Gläubigern überlassen, sich miteinander entsprechend ihrer Abmachung auszugleichen. Schon diese Gegenüberstellung zeigt deutlich, daß der Rang dinglichen Charakter hat. Bei der Behandlung der Rangänderungen pflegt dieser Punkt besonders

[52]) A. a. O. S. 243.
[53]) Vergl. auch unten S. 54 ff. der Arbeit.
[54]) Darauf hat zutreffend Mügel DJZ 1929 S. 404—406 hingewiesen und mit Recht kritisiert, daß Breit den Gedanken des obligatorischen Verdrängungsanspruchs keineswegs scharf durchgeführt hat.

eingehend behandelt zu werden[55]). Die Verdrängungseigenschaft, die der Rang nach der hier vertretenen Auffassung hat, ist nach alledem dinglicher Natur und gehört zum Inhalt des Rechts.

Dem Range eigentümlich ist ferner seine Einheitlichkeit. Das hat Emmerich[56]) für den Rang eines Pfandrechts besonders erwähnt, es gilt aber in gleicher Weise für den Rang der Grundpfandrechte. Bedeuten soll dies folgendes: ein Recht kann nicht einem anderen Recht gleichzeitig ganz vorgehen und ganz nachgehen, ja auch nur zum Teil vorgehen und zum Teil nachgehen. Die dinglichen Wirkungen eines Rechts sind einheitliche Äußerungen des ganzen Rechts; also muß auch die Rangordnung als allgemeine Regelung der genannten Wirkungen eine für das ganze Recht einheitliche sein. Es gibt weder einen mehrfachen oder geteilten Rang eines Rechts noch einen geteilten Rang mehrerer Rechte. Gleichen Rang können dagegen mehrere Pfandrechte ohne weiteres haben.

Was endlich die Bezeichnung der Rangeigenschaft angeht, so hebt Breit zutreffend hervor[57]), daß das Wort Rang bisweilen vom Gesetz gar nicht gebraucht wird, obgleich die mit dem Rang gemeinte Beziehung in Frage kommt. Beispielsweise heißt es im § 141 der KO Vorrecht, in § 401 Abs. 2 und § 418 Abs. 2 BGB Vorzugsrecht, und in mancher Bestimmung wird betont, daß Rechte „vorgehen" (§ 1208 BGB) oder nacheinander zu berichtigen sind (§ 60 KO).

III. Die Arten des Ranges.

Wenn die bisherigen Erörterungen ergeben haben, daß der Rangbegriff ein einheitlicher ist, dann könnte man versucht sein, eine Betrachtung über die Arten des Ranges als dieser Feststellung widersprechend anzusehen. Dieser Standpunkt wäre irrig. Die vorangegangene Untersuchung sollte nur zu dem Ziele führen, festzustellen, in welcher Beziehung der Rang

[55]) Fuchs a. a. O. Anm. 11 zu § 879; Heck, Grundriß des Sachenrechts § 24 Nr. 12; Planck-Brodmann Anm. II 2 zu § 880; Strohal in Ih. Jahrb. 31 S. 324 ff.

[56]) A. a. O. S. 75.

[57]) A. a. O. S. 7.

zu dem Recht steht, dem er zugehört. Dabei mußte dann gleichzeitig die besondere Eigentümlichkeit, die der Rang in jedem Fall hat, als das grundlegende Kennzeichen des Ranges hervorgehoben werden. Trotzdem kann man verschiedene Arten des Ranges entdecken, wenn man ihn von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet.

Man kann zunächst die mehrfache Art der Entstehung des Ranges unterscheiden. Das Recht kann einen Rang erhalten kraft Gesetzes als unmittelbare Folge der Entstehung des Rechts. Das gilt insbesondere für die Rechte, welche wie Überbau und Notweg irgendeiner Verlautbarung nicht bedürfen[58]). Es kann ferner das Recht den Rang durch einen richterlichen Akt, die Eintragung im Grundbuch, erhalten[59]). Schließlich kann sich der Rang auf eine besondere Vereinbarung stützen, man denke an die Rangänderung, mag sie auch erst bei entsprechender Eintragung in Erscheinung treten.

Man kann aber weiter je nach der Art der Rechte, die mit bestimmtem Rang ausgestattet sind, auch verschiedene Wirkungen und damit Arten des Ranges unterscheiden. Schon die Einteilung in Grundpfandrechte und Pfandrechte an beweglichen Sachen bringt es mit sich, daß der Rang z. B. hier wie dort in verschiedener Weise und mehr oder minder stark verdeutlicht wird.

Je nachdem, ob die Rechte auf derselben oder auf verschiedener Rangstufe stehen, kennt man Gleichrang oder andererseits Vorrang und Nachrang[60]). Diese Eigentümlichkeit findet sich gleichermaßen im Recht der Grundstücke wie dem der beweglichen Sachen oder Rechte.

Ferner hat Heck[61]) darauf hingewiesen, man könne eine bewegliche einer festen Rangordnung gegenüberstellen. Wenn nämlich an einer Sache, abgesehen vom Eigentum, zwei oder mehrere einander nachgeordnete Rechte bestünden, dann

[58]) Fälschlich leugnet Breit a. a. O. S. 12, daß dieser Zwangsrang überhaupt Rang sei.

[59]) Über die Frage, ob im Fall der Abweichung der Eintragung von der Einigung die Eintragung für den Rang des Rechts maßgebend ist, vergl. Güthe JW 1912 S. 614.

[60]) Dazu Kriener in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1929 Nr. 10 und 11.

[61]) Grundriß des Sachenrechts S. 92/93.

erhebe sich die Frage, ob der freiwerdende Interessengehalt den bisher nachstehenden Rechten zugute komme, so daß diese aufrückten (bewegliche Rangordnung) oder aber dem Eigentümer (feste Rangordnung) zufallen.

Endlich kann der Rang der Wirkung nach insofern verschieden sein, als er entweder gegenüber allen anderen konkurrierenden Rechten seines Rechts wirkt oder aber dem einen gegenüber Wirkung entfaltet, dem anderen gegenüber jedoch versagt. Man spricht in diesem Zusammenhang von absolutem und relativem Rang[62]). Mit dieser Unterscheidung befaßt sich die vorliegende Arbeit.

AV. Absoluter und relativer Rang.

Hinsichtlich der Frage, ob es den Gegensatz von absolutem und relativem Rang überhaupt gibt, herrscht Streit. Die überwiegende Zahl der Schriftsteller, die sich mit dem Problem beschäftigt haben, bejaht die Möglichkeit relativen Rangs. Es ist schwer verständlich, wie man sie verneinen kann. Denn die Regelung der Rangverhältnisse durch manche Gesetzesbestimmungen erheischen den Begriff des relativen Rangs. Wer ihn ablehnt, ist genötigt, die vom Gesetz nun einmal gewünschten Folgen in anderer Weise zu deuten.

Wenn mehrere Lasten auf einem Grundstücke ruhen — von Grundstücksbelastungen ist, wie in der Einleitung der vorliegenden Arbeit entwickelt, auszugehen —, dann zeigt sich eine stufenartige Reihenfolge; die erste Belastung geht der zweiten, diese der dritten, die dritte der vierten usw. im Range vor. Umgekehrt geht die zweite der ersten, die dritte der zweiten, die vierte der dritten im Range nach. Daraus hat man geschlossen, der Vorrang müsse stets, mindestens aber grundsätzlich absolut in dem Sinne sein, daß er eigentlich nicht nur vor dem Recht den Vorrang gewährt, das ihm im Range unmittelbar nachfolgt, sondern vor sämtlichen Rechten, die dem unmittelbar folgenden im Range nachgehen. Ebenso würde demgemäß der Nachrang absolut oder einheitlich sein. Breit[63]) hat

[62]) Wolff, Sachenrecht S. 119/120.
[63]) A. a. O. S. 32.

die absolute Wirkung des Vorrangs oder Nachrangs entsprechend den mathematischen Lehrsätzen über das Verhältnis dieser Größen zueinander in die Formel gekleidet: hat von zwei im Rang nacheinander stehenden Hypotheken die vorangehende den Rang nach einer dritten, so geht dieser auch die andere im Range nach. Es ist kein Grund ersichtlich, diesen Satz nicht auch auf die Pfandrechte an beweglichen Sachen anzuwenden, das heißt, es gibt auch dort den geschilderten absoluten Rang.

Brachvogel[64]) bleibt bei diesem Satze stehen. Er hat behauptet, eine Rangordnung müsse immer eine lineare sein, das heißt eine solche, wo einer der erste und einer der letzte ist; eine ring- oder kreisförmige Anordnung, also eine zirkulare, gebe es nicht. Mit dieser Auffassung steht Brachvogel vereinzelt da. Sie ist falsch. Wie bereits angedeutet, kennt das Gesetz Fälle, wo die absolute Rangfolge verneint wird, eben die Fälle des sogenannten relativen Ranges. Sie finden sich, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, im Bürgerlichen Gesetzbuch, sie sind aber auch im § 6 II des Aufwertungsgesetzes beim Vorhandensein von Zwischenrechten neu geschaffen worden. Sie kennzeichnen sich dadurch, daß eine Hypothek einer zweiten, diese wiederum einer dritten im Range vorgeht, gleichwohl aber nicht die erste der dritten, sondern möglicherweise gerade umgekehrt, die dritte der ersten; das heißt, hat von zwei im Range nacheinander stehenden Hypotheken die vorangehende den Rang nach einer dritten, so braucht deswegen dieser die andere nicht ebenfalls im Rang nachzugehen. In welcher Weise die sich in solchen Fällen ergebenden Rangschwierigkeiten zu lösen sind, ist in der Rechtswissenschaft lebhaft erörtert worden. Eine einheitliche Lösung hat die Frage nicht gefunden. Viele Verfasser haben geglaubt, ein Prinzip entdecken zu können, aber jeder wirft dann immer dem anderen vor, daß dieser die Rechtslage völlig verkannt habe. Breit[65]) ist der Meinung, Schuld an dieser Verirrung sei die unvollkommene Erkenntnis des Wesens des

[64]) Gruch. Beitr. 69 S. 46 ff, insbesondere S. 50.
[65]) A. a. O. S. 41.

Rangbegriffs und die hieraus entstandene Irrlehre von der Rangrelativität.

Die Rangrelativität gehört in das Gebiet der allgemeinen Rechtsrelativität. Diese hat man gleichgesetzt mit relativer Wirksamkeit oder relativer Unwirksamkeit und behauptet[66]), Unwirksamkeit und Rang seien die beiden der Rechtsordnung zu Gebote stehenden Mittel, Rechtskonkurrenzen oder Rechtskollisionen zu verhüten. Oertmann[67]), der weitergreifend das Problem der relativen Rechtszuständigkeit ausführlich behandelt, meint, es berühre sich zwar mit dem der relativen Unwirksamkeit, aber die Probleme könnten nicht zusammenfallen; einmal beruhe keineswegs jede Relativität der Rechtsträgerschaft auf relativer Unwirksamkeit, sondern höchstens ein verhältnismäßig kleiner Ausschnitt ihrer möglichen Fälle. Umgekehrt sei aber auch der Bereich der relativen Unwirksamkeit viel größer. Die Anwendungsgebiete bildeten sich schneidende, nicht konzentrische Kreise. Bezeichnend ist dann das Ergebnis, zu dem Oertmann gelangt. Er schließt nämlich seine umfangreichen Erörterungen damit ab[68]), daß sich für die Anwendung einer relativen Rechtszuständigkeit keine Möglichkeit ergebe; denn die einzigen Fälle, wo sie in Betracht kommen könnten, seien so problematisch, daß sie umgekehrt durch den sonstigen Nachweis einer Verwendbarkeit dieser Rechtsfigur gestützt werden müßten, statt ihrerseits Stützen für solchen Nachweis abgeben zu können[69]). Hirsch hat denn auch, was Oertmann anerkennt[70]), das Rangproblem als Kollisionsproblem bezeichnet, nicht als Zuständigkeitsproblem. Das entspricht dem in der vorliegenden Arbeit eingenommenen Standpunkt. Wenn der Rang also relativ geregelt ist, dann heißt das: in der Kollision zwischen den beteiligten Rechten siegt jedes nach verschiedenen Richtungen, keines schlechthin; z. B. das Recht a

[66]) Breit a. a. O. S. 41 ff.
[67]) Ih. Jahrb. 66 S. 130 ff. und S. 188.
[68]) A. a. O. S. 307/8; ferner insbesondere S. 218, 221.
[69]) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I 158, dem Oertmann a. a. O. S. 132 folgt, betont: Eine jede Anschauung von Rechten, die nach der einen Seite bestehen, nach der anderen nicht, ist unklar und nimmt der Rechtsordnung alle Festigkeit und allen Halt.
[70]) Oertmann a. a. O. S. 221 und v. Tuhr a. a. O. S. 571 ff., insbesondere Anm. 4 auf S. 571.

siegt gegen b, b gegen c, aber c seinerseits gegen a. Es handelt sich also nicht um absolute Rechte, die infolge irgendwelcher Besonderheiten, hier des Zusammentreffens von mehreren solchen absoluten Rechten gleicher Art, relativen Charakter erhalten.

Über das Wesen solcher Rechtsgestaltung macht Scheel[71]) zum Teil zutreffende Ausführungen. Bei der Darstellung der sich an § 1256 BGB knüpfenden Zweifelsfragen — Fortbestand des Pfandrechts beim Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum — erinnert er daran, daß in Absatz II daselbst das Pfandrecht nur fingiert werde, soweit der Eigentümer daran ein Interesse habe. Das bedeute, wörtlich genommen, daß das Pfandrecht nur in den Beziehungen fingiert werde, in denen das Interesse vorhanden sei, während es im übrigen vollkommen erlösche. Dagegen sei nichts zu sagen, wenn man das Pfandrecht nur fingiere. Wer aber ein tatsächliches Fortbestehen des Pfandrechts annehme, müsse auch die Folgerung daraus ziehen und ein in allen Beziehungen bestehendes Recht annehmen. Das widerspreche nicht dem von ihm, Scheel, bei § 1256 I Satz 2 BGB eingenommenen Standpunkt[72]), wo die Möglichkeit eines relativen Fortbestandes des Pfandrechts anerkannt worden sei. Denn die Relativität besage in beiden Fällen nicht das gleiche. In Absatz I Satz 2 sei das Recht für den Eigentümer untergegangen, während es für den Drittberechtigten als vollgültiges Pfandrecht bestehe, in Absatz 2 bedeute relativ, daß nur noch einige Beziehungen für den Berechtigten vorhanden seien, das Recht bestehe also nur noch zum Teil. Das aber sei undenkbar. Das dingliche Recht sei eine Einheit und könne nur ganz fortbestehen oder ganz untergehen; das schließe allerdings nicht aus, daß es einige Wirkungen während der Vereinigung nicht äußern könne, es also teilweise ruhe. Demgegenüber meint freilich Planck[73]), wo im Gesetz nur von einer Fiktion die Rede sei[74]), nicht von einem

[71]) Das Mobilarpfandrecht an eigener Sache, Marburger Dissertation 1934 S. 66/67.

[72]) A. a. O. S. 54/55, wo relative dingliche Rechte im Gegensatz zu obligatorischen Rechten im Anschluß an die Motive des BGB für unzuträglich erklärt werden.

[73]) A. a. O. zu § 1256 BGB Anm. 3.

[74]) Was Scheel a. a. O. S. 55 zu § 1256 I Satz 2 BGB energisch bekämpft.

vollgültigen Recht, da könne der Gesetzgeber alles bestimmen, das hieße demnach, auch relative Pfandrechte schaffen. Es kann sehr zweifelhaft sein, ob man „fingierte" Rechte und „wirkliche" in dieser Weise miteinander vergleichen kann; denn das wirkliche Recht empfängt seinen Gehalt ja auch nur durch eine Norm des Gesetzgebers, auch das wirkliche Recht kann der Gesetzgeber in jedem Sinn gestalten; ob das durch eine besondere einzelne Vorschrift geschieht oder aber sich indirekt der Inhalt einer Befugnis aus dem Zusammentreffen von mehreren Vorschriften ergibt, ist grundsätzlich bedeutungslos. Verwirft man mit Kohler und Oertmann die relative Rechtszuständigkeit, dann hat das gleichermaßen für wirkliche und fingierte Rechte zu geschehen, denn die Erwägungen, die für die Ablehnung sprechen, sind die gleichen.

Es kann sich danach nur fragen, ob die Rangrelativität ein Ausschnitt aus dem Gebiet der relativen Unwirksamkeit von Rechten ist.

Hinsichtlich der relativen Unwirksamkeit gehen die Auffassungen darüber auseinander, ob man eine objektiv relative Unwirksamkeit und eine subjektiv relative Unwirksamkeit unterscheiden könne[75]). Schachian[76]) nimmt eine Gruppierung der Fälle von objektiv und subjektiv relativer Unwirksamkeit vor und grenzt beide danach ab, ob es sich jeweils um absolute oder relative Rechte handele; da die Relativität proportional der Tragweite eines bestimmten Rechts bestehe, erscheine die relative Unwirksamkeit bei absoluten Rechten als objektive, bei relativen als subjektive. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden. Rechtsrelativität im Gebiet der Schuldverhältnisse ist undenkbar[77]). Obligatorische Ansprüche stellen an sich schon relative Rechte insofern dar, als sie sich in der Relation von Gläubiger zu Schuldner erschöpfen. Eine doppelte Relativität ist unvorstellbar. Anders steht es dagegen bei absoluten Rechten, wo das Recht einem Teil von Rechtsgenossen gegenüber Wirkungen äußern kann, anderen gegenüber nicht.

Gleichrang mehrerer Rechte hat nun bei der Verwirk-

[75]) So Kipp bei Windscheid, Pandekten I S. 432; dagegen Strohal, Über relative Unwirksamkeit S. 3, 14 und 15.
[76]) Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte S. 213 ff.
[77]) Oertmann a. a. O. S. 136.

lichung Teilunwirksamkeit zur Folge; Vor- und Nachrang gebieten Nachverwirklichung des einen Rechts. Wenn man, wie Breit dies will[78]), das Rangverhältnis in Verdrängungsansprüche auflöst, dann gibt es kein einziges zusammengehöriges Rechtsverhältnis, sondern nur eine Mehrheit an sich gleichartiger Rechtsverhältnisse, das heißt eine Summe von Verdrängungsansprüchen eines und desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner; folgerichtig lehnt Breit denn auch jede Rangrelativität ab. Es ist aber bereits an anderer Stelle dargetan, weshalb man Breit in seiner Auffassung vom Rangverhältnis nicht folgen kann; daher sind seine Ausführungen zur Irrlehre von der Rangrelativität nicht brauchbar. Auch ist der von ihm herangezogene § 880 BGB, aus welchem er herleiten will, daß das Gesetz die Rangrelativität verwerfe, deshalb unverwertbar, weil gerade diese Vorschrift eine die Rangrelativität ausschließende Regelung trifft, während § 881 BGB sie anerkennt. Letzteres übersieht Breit[79]).

Rangrelativität bedeutet demnach, daß die Wirkungen eines absoluten Rechts nach bestimmter Richtung sich äußern, nach anderer nicht. Es handelt sich also um eine Art der relativen Unwirksamkeit im weiteren Sinne[80]).

V. Die Hauptfälle relativen Ranges im Grundstücksrecht.

1. Darstellung der Fälle.

Im folgenden sollen nun die Hauptfälle, die zu dem Streit, wie sich zeigen wird, infolge unzulänglicher gesetzlicher Gestaltung geführt haben, dargestellt werden. Diese finden sich im Grundpfandrecht.

Auszugehen ist von dem Fall, der eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat. Es ist dies der sogenannte Rangvorbehalt des § 881 BGB. Durch ihn wird dem Begünstigten zwar der Rang vor dem Recht eingeräumt, bei dem der Rangvorbehalt steht, hingegen gehen ihm die vor der Eintra-

[78]) A. a. O. S. 46.

[79]) Strohal a. a. O. S. 37 folgert die Notwendigkeit von relativen Rechtsgestaltungen aus dem das Grundbuchrecht beherrschenden Öffentlichkeitsprinzip.

[80]) Dazu v. Tuhr a. a. O. S. 571.

gung des Begünstigten eingetragenen Zwischenrechte vor. Da diese Regelung dahin führen kann, daß bei einer Verteilung des Erlöses die Post, bei welcher der Rangvorbehalt steht, infolge der Zwischenbelastungen über den Vorbehalt hinaus beeinträchtigt werden kann, hat § 881 Absatz 4 angeordnet, daß der Rangvorbehalt insoweit unwirksam sein soll, als die zurücktretende Post infolge der Zwischenbelastung über den Vorbehalt hinaus beeinträchtigt werden würde. Der Inhaber der ersten durch den Vorbehalt beschränkten Post braucht nicht zu dulden, daß ihm mehr vorgehe als der Betrag des Vorbehalts. Die Ausdeutung des § 881 Absatz 4 ist aber insofern nicht einheitlich, als die von verschiedenen Autoren gegebenen Beispiele zeigen, daß den Inhabern der mehreren Posten jeweils verschiedene Beträge zugebilligt werden; dies muß im einzelnen erläutert werden.

Wolff[81]) hat folgendes Beispiel gegeben: es stehen für X an erster Stelle 21 000 RM mit Rangvorbehalt für 20 000 RM, die dann Z nach inzwischen für Y eingetragenen 6000 RM erhält. Bei einem Erlös von 20 000 RM soll dieser voll auf Z entfallen, weil sein Vorrang in voller Höhe wirke. Bei einem Erlös von 27 000 RM erhalte Z aber nur 14 000 RM, da der Vorrang in Höhe von 6000 RM unwirksam sei. Y müsse 6000 RM, X 7000 RM bekommen. Wolff tadelt dieses Ergebnis mit den Worten Dernburgs, eine solche Kreditform wirke wie ein Spiel. Er weist aber weiter darauf hin, daß Endemann anders rechnet und bezeichnet dessen Rechnung ohne nähere Begründung als irrig. Das Beispiel von Endemann ist folgendes[82]): an erster Stelle steht A mit 15 000 RM, dabei ein Vorbehalt von 10 000 RM, die C nach einer Zwischenhypothek von B in Höhe von 8000 RM erhält. Bei einem Versteigerungserlös von 25 000 RM erhielte der C bei voller Wirkung seines Vorbehalts 10 000 RM, A 5000 RM, B 8000 RM und A noch einmal 2000 RM. Der Ausfall des A würde mithin 8000 RM betragen, während er nach dem Sinne des Vorbehalts nur mit 10 000 RM zurücktreten müßte und demgemäß voll befriedigt worden wäre. Da nun aber C nach dem Willen des Gesetzes

[81]) Sachenrecht § 43 V 2 S. 125.
[82]) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 1 S. 57.

den drohenden Nachteil auf sich nehmen müsse, so ergebe sich die Lösung, daß C nur seinen Vorbehalt, vermindert durch das Zwischenrecht des B, also nur C—B, geltend machen dürfe, nur dieser Aktivüberschuß sei bevorzugt. Der Fall sei mithin so zu lösen: C erhalte von der ersten Stelle A nur C minus B gleich 2000 RM, die übriggebliebenen 13 000 RM erhalte A. Dann folge B mit 8000 RM und endlich A mit dem Rest von 2000 RM, so daß er seine 15 000 RM voll bekomme[83]).

Wenn man die beiden von Wolff und Endemann gewählten Fälle miteinander vergleicht, dann zeigt sich, daß beide auf dieselbe Weise verteilen. Allerdings gibt Endemann gewissermaßen eine Formel, wenn er betont, der Vorbehalt bedeute, daß C auf die erste Stelle nur immer den Vorbehalt, vermindert durch das Zwischenrecht, geltend machen dürfe, nur der Aktivüberschuß sei bevorzugt. Weiter aber hebt Endemann hervor, wenn die Zwischenhypothek größer sei als die mit dem Vorbehalt versehene Post, so zwinge die Konsequenz des Gesetzes zu dem Schlusse, daß C überhaupt auf die Geltendmachung des Vorbehalts verzichten müsse[84]). Die innere Rechtfertigung dieses Ergebnisses ergebe sich daraus, daß, wer aus der Zwischeneintragung des Zwischenberechtigten ersehen könne, welche Gefährdung seinem Vorbehalt drohe, wenn er Kredit gewähre und die Vorbehaltsstelle erhalten solle, sich ja danach richten könne und es in der Hand habe, ob er den Kredit gewähren wolle oder nicht. Wünsche er dem Risiko zu entgehen, dann genüge eben nicht der Vorbehalt, sondern volle Sicherung gebe ihm nur die Rangabtretung, die der erste Gläubiger zu seinen Gunsten vollziehe.

Die Frage, warum das Gesetz eine Regelung getroffen hat, welche wie Spiel wirke, wird nicht gestellt[85]). Desgleichen wird keine andere Regelung vorgeschlagen, bei der ähnliche Zwischenfälle vermieden werden. Man begnügt sich vielmehr mit der Feststellung, daß sich die seltsamen Verteilungsergebnisse nicht vermeiden ließen[86]).

---

[83]) Vergl. Biermann, Komm. zum Sachenrecht Anm. 4 zu § 881 BGB, woselbst Literaturangaben über andere Rechnungen.

[84]) Dagegen entschieden Staudinger III 2 b γ zu § 881.

[85]) Vergl. auch Fuchs JW 1910 S. 58/59.

[86]) Staudinger-Kober III 3 zu § 881 meint, Absatz 4 werde regelmäßig

Heck[87]) hat sich freilich gegen die Auffassung gewandt, die die Gesetzesvorschrift des § 881 IV BGB als Spiel bezeichnet hat. Er nennt die Bestimmung folgerichtig und interessengemäß. Der Eigentümer erschöpfe die Vorbehaltsbefugnis, wenn er Zwischenrechte bestelle, die ohne Belastung dem später beliehenen Recht vorgingen, aber er erschöpfe die Befugnis nur durch weitergreifende Zwischenrechte, durch solche Rechte, die nach ihrer Stellung bei der Wertverteilung zum Zuge kämen. Ausfallende Zwischenrechte müßten irrelevant sein. Die Angemessenheit der gesetzlichen Normen ergebe sich daraus, daß bei der relativen Nichtexistenz von Rechten sich die gleiche Behandlung auch ohne gesetzliche Anordnung als notwendig erweise.

Diese Erklärung Heck's befriedigt keineswegs, denn sie setzt sich mit dem seltsamen Ergebnis, daß beim Mehrerlös ein minderer Betrag auf den Vorbehaltsgläubiger entfällt, nicht auseinander. Der betroffene Hypothekengläubiger versteht die sich praktisch ergebende Endrechnung nicht; keine theoretische Rechtfertigung, mit der man der Vorschrift einen Sinn zu geben versucht, ist imstande, über die Zufälligkeit bei den Erlösverteilungen hinweg zu trösten.

Abgesehen von diesem Fall, in welchem das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung über die relative Rangfolge getroffen hat, gibt es andere, in denen sich die relative Rangfolge dadurch ergibt, daß Gesetzesvorschriften, die an sich ein anderes Ziel verfolgen, in ihrer Anwendung dazu führen, den relativen Rang als gewollt festzustellen.

Wenn nach Eintragung von zwei Hypotheken die erste versehentlich gelöscht, dann wieder eingetragen wird, nachdem inzwischen eine dritte Hypothek eingetragen worden war, so ergibt sich, falls der dritte Hypothekar nicht gewußt hat, daß das Grundbuch durch die Löschung unrichtig geworden war, die Besonderheit, daß die dritte Hypothek zwar der zweiten

nur praktisch, wenn ein Gläubiger des Eigentümers im Wege der Zwangsvollstreckung eine Hypothek unmittelbar nach dem belasteten Recht eintragen läßt. Bei rechtsgeschäftlicher Weiterbelastung des Grundstücks habe der Eigentümer selbst ein Interesse daran, die Komplikationen zu vermeiden.

[87]) Sachenrecht § 46 Ziff. 8 S. 192; vergl. ferner daselbst § 43 IV 2b und § 44 III.

folgt, der ersten jedoch vorgeht, während die zweite sich den Vorrang der ersten gefallen lassen muß und ihrerseits der dritten vorangeht.

Dieser nicht seltene Fall hat zu Streitigkeiten Anlaß gegeben. Wolff[88]) wählt folgendes Beispiel: die irrig gelöschte Hypothek des A beträgt 20 000 RM, die des B 30 000 RM, die des redlichen C 10 000 RM. Dann muß sich B 20 000 RM vorgehen lassen, C aber nur 30 000 RM (Höhe der Post des B). Wenn nun bei der Versteigerung 30 000 RM erzielt werden, dann erhalte C nichts, der Erlös werde verteilt, wie wenn A nie gelöscht gewesen wäre. A bekomme 20 000 RM, B 10 000 RM. Betrage aber der Versteigerungserlös 40 000 RM, so bekomme C seine vollen 10 000 RM, aber auch B erhalte 20 000 RM, da er ja nicht zu dulden brauche, daß ihm ein höherer Betrag als der der Post des A vorgehe. Folglich blieben für A nur 10 000 RM. Wolff betont bei dieser Gelegenheit[89]), daß die von ihm vorgenommene Verteilung die des § 881 IV BGB sei. Endemann hebt hervor[90]), daß man — worauf er von Heck hingewiesen sein will — § 881 IV BGB analog anwenden müsse. Er erklärt auch ausdrücklich, diese Lösung sei deshalb billig, weil A's primärer Anspruch durch den rechtsgültigen Erwerb des gutgläubigen C gedrückt werde, er müsse eben die Folgen der außergewöhnlichen Vorgänge, die sich in seiner, des A, Person vollzogen hätten, tragen. Eingehender hat sich mit diesem Problem Breit befaßt[91]). Er argumentiert folgendermaßen: werde A wieder eingetragen, so dürfe C infolge seines guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs keinen Schaden erleiden; ebensowenig dürften aber dem B Nachteile daraus erwachsen, wie beide umgekehrt auch keine Vorteile hieraus für sich ziehen dürften. Vom Standpunkt eines jeden Hypothekengläubigers sei die Reihenfolge eine andere. A's Hypothek solle 10 000 RM, B's 20 000 RM, C's 30 000 RM betragen. Dann rangierten nach Ansicht

---

[88]) A. a. O. § 41 IV Abs. 2 S. 119.
[89]) A. a. O. Anm. 17.
[90]) A. a. O. S. 386 Anm. 21.
[91]) A. a. O. S. 32 ff.

A's	B's	C's
10 000 für A	10 000 für C	20 000 für B
10 000 für B	20 000 für B	30 000 für C
30 000 für C	20 000 für C	10 000 für A
10 000 für B	10 000 für A	

A könne seine Auffassung damit rechtfertigen, daß er stets vor B voll gedeckt werden müsse und, da diesem C vorangehe, könne er, A, B's Vorrang vor C für sich in Anspruch nehmen, sozusagen zu seinen Gunsten „ableiten", so daß B erst nach voller Befriedigung des A zur Hebung kommen könne. B fuße darauf, daß er jedenfalls nach 10 000 RM zu berücksichtigen sei, wer diesen Betrag erhalte, berühre ihn nicht; C darauf, daß bei seiner Eintragung nur B's Hypothek im Grundbuch vor ihm gestanden habe. In der Rechnung des A kommt B zu kurz, weil ihm wegen seiner ganzen 20 000 RM nur 10 000 RM vorangehen dürften. In der des B leide A, weil er nur 30 000 RM des C und nicht 50 000 RM dulden müsse, während C, der ja erst nach 20 000 RM des B etwas zu erhalten habe, ungerecht bevorzugt werde. Ebenso habe in C's Rechnung A das Nachsehen, und zwar auf Kosten des B, der erst nach 10 000 RM Anspruch auf Befriedigung habe. Jeder der drei Hypothekengläubiger habe bei seiner Auffassung seinen Rang und sozusagen „seinen" öffentlichen Glauben des Grundbuchs für sich. Die Frage sei, ob gleichwohl das Recht des einen stärker sei als das des anderen. Bei jeder Auffasung stritten andere Rechte und andere Rechtsfragen miteinander. Breit bezeichnet nun das Recht des A als Wiedereintragungsrecht, das des B als Zwischenrecht und das des C als bevorzugtes Recht. Es stritten dann im ersten Fall Zwischenrecht und Vorzugsrecht darum, ob der Vorrang des Zwischenrechts vor dem Vorzugsrecht stärker sei, als dessen Vorzug vor dem Wiedereintragungsrecht, das im Range dem Zwischenrecht vorgehe. Im zweiten Fall stritten Wiedereintragungsrecht und Vorzugsrecht darum, ob letzteres kraft seines Vorzuges vor dem Wiedereintragungsrecht stärker sei als dieses, das dem Zwischenrecht im Rang vorgehe, welch letzteres wiederum dem Vorzugsrecht vorgehe. Im dritten Fall: ob Wiedereintragungsrecht vor dem Zwischenrecht stärker sei als das Vor-

zugsrecht. Daß jeder Hypothek bei ihrer Eintragung der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite stand, so wie er geltend gemacht werde, könne somit nicht bezweifelt werden.

Breit meint, wie man auch verteilen wolle, immer käme einer zu kurz. Es gäbe drei Möglichkeiten der Lösung:

1. Alle würden, weil das Rangverhältnis ungeklärt sei, von Anfang an verhältnismäßig befriedigt. Dann sei jedenfalls C bevorzugt, wenn der Erlös nicht höher als B's Hypothek sei, weil er in diesem Falle niemals etwas zu erwarten habe.

2. Gebe man wieder A den Betrag bis zur Höhe der Hypothek des B und teile den Überschuß irgendwie, so werde A in allen Fällen bevorzugt und — wenn seine Hypothek kleiner sei als die des B wie hier — sogar voll bezahlt, ehe C etwas empfange, und das solle offensichtlich vermieden werden.

3. Werde hingegen dem A bei einem Erlös bis B dieser Betrag zugesprochen, vom Mehrerlös dagegen erst B oder C befriedigt, so gehe man von der Auffassung aus, daß bald das Wiedereintragungsrecht das stärkste sei, bald wieder das schwächste, indem man einmal mit der Verteilung von vorn und das andere Mal von hinten anfange, was in sich widerspruchsvoll sei. A empfange in diesem Fall um so weniger, je mehr erlöst werde.

Breit kommt dann schließlich zu dem Ergebnis, eine vollständige Klärung sei bisher nicht gelungen. Jedenfalls wendet er den § 881 IV BGB nicht an. Er meint, schuld sei die Irrlehre von der Rangrelativität[92]).

Langheineken meint[93]), es zeige sich eine Inversion von drei Rechten dergestalt, daß das eine derselben in keinerlei Rangverhältnis zu den beiden anderen zu bringen sei. Damit bringt aber Langheineken das Problem der Lösung nicht näher. Denn die Verteilung des Erlöses muß sich nach einem bestimmten Rangverhältnis richten.

---

[92]) Mügel a. a. O. macht darauf aufmerksam, daß der Fehler der Rechnung von Breit darin bestehe, daß er die gesamten Rangverhältnisse in obligatorische Ansprüche zwischen den Beteiligten auflöse und die zwischen zwei Beteiligten bestehenden Ansprüche für sich isoliert betrachte, während gefragt werden müsse, welche Ansprüche den einzelnen Beteiligten nach ihrer Rangstellung innerhalb aller Beteiligter zuständen.

[93]) Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß 12 S. 265 ff. und Seite 278.

Weissler[94]) hat in seinem Aufsatz „Unlösbare Rangschwierigkeiten" einfach erklärt, eine Lösung sei unmöglich, der Gesetzgeber müsse eine Neuregelung schaffen.

Strohal[95]) kommt zu dem Ergebnis, man müsse die Verwickelungen hinnehmen und mit den Mitteln juristischer Kunst entwirren. Reinhard[96]) bürdet dem gelöscht gewesenen Recht allen Schaden auf. Abgesehen von dem Versuch, durch Proportionallösungen zu helfen, den z. B. Breit[97]) erwähnt, ist man sich darüber einig, daß ein im Range vorgehender Hypothekengläubiger bei niedrigerem Versteigerungserlös auf seine Hypothek mehr zugewiesen bekomme als bei höherem, ja sogar ganz ausfallen könne. Eine Übersicht über die Literatur gibt Breit[98]), der meint, kein Versteigerungsrichter oder Anwalt werde imstande sein, einen Hypothekengläubiger davon zu überzeugen, daß die von der Mehrzahl der Schriftsteller vorgeschlagene Verteilung rechtens sei. Immer werde der betreffende Gläubiger, Richter und Anwalt oder sich selbst für geistesgestört halten, weil überzeugende Rechtsgründe bisher nicht geltend gemacht seien[99]).

Ein weiterer Fall relativen Ranges ergibt sich, wo jemand an der Forderung auf Übereignung eines Grundstücks ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht (§ 1287 BGB) oder ein Pfändungspfandrecht (§ 848 ZPO) hat und dann die Auflassung und Eintragung des Eigentums des Erwerbers im Grundbuch erfolgt[100]). Hier erwirbt schon vor der Eintragung der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek (nach § 1287 S. 2 BGB). Sollte nun, bevor diese Hypothek eingetragen wird, von dem neuen Eigentümer einem Dritten, der keine Ahnung von der nicht eingetragenen Sicherungshypothek des Pfandgläubigers hat, eine Hypothek am Grundstück bestellt werden, dann geht

[94]) JW 1926 S. 135.
[95]) „Relative Unwirksamkeit" in der Festschrift der Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 1911, II S. 786.
[96]) Einfluß der neuen Gesetzgebung auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 3. Auflage, S. 124.
[97]) A. a. O. S. 39.
[98]) A. a. O. S. 38.
[99]) Reinhardt's Formeln, JW 1923 S. 262, sind nicht brauchbar, sie sind viel zu kompliziert, vergl. auch Anm. 1 auf S. 65 der Arbeit.
[100]) Vergl. dazu Hartung im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1911 S. 637 ff.

der Dritte im Range der Hypothek des Pfandgläubigers vor, während er einem Vierten, dem der Eigentümer gleichfalls eine Hypothek bestellt und der die des Pfandgläubigers kennt, vorangeht, obwohl dieser Vierte wiederum dem Dritten nachgeht. Auch in einem solchen Fall ergeben sich die bereits geschilderten Rangprobleme. Eine andere Frage ist aber, ob man auf diesen Fall die Regelung anwenden will, die das Gesetz zum Rangvorbehalt gibt[101]) (§ 881 IV BGB), oder aber, falls man nicht der Meinung ist, daß der Fall unrechtmäßiger Löschung einer Hypothek nicht nach Analogie des § 881 IV BGB zu regeln sei, eine der anderen Lösungen vorzieht, die in diesem Fall vorgeschlagen worden sind.

Ferner ließe sich ein Fall relativer Ranggestaltung beim Rangtausch denken. C tritt an die Stelle des A, bleibt aber hinter B, während A vor B bleibt, aber hinter C tritt. Das Gesetz hat diese Art der Gestaltung nicht vorgesehen. In § 880 BGB, der von der Rangänderung handelt, ist angeordnet, daß der Zurücktretende damit auch hinter das Recht des Zwischenberechtigten tritt. Infolge der Bestimmungen des § 880 BGB wird der Rangtausch so ausgeführt, daß sich im Ergebnis eine absolute Rangordnung herausstellt. Selbst wenn man nun, worauf an späterer Stelle[102]) noch zurückzukommen sein wird, zwar den Kreis der Sachenrechte für geschlossen hält, nicht aber den der dinglichen Rechtsgeschäfte, so müßte man die Zulässigkeit, die erwähnte relative Rangordnung durch Rechtsgeschäft herbeizuführen, verneinen. Für die Möglichkeit spricht zweierlei. Einmal kennt das Gesetz bei Rangvorbehalt und unrechtmäßiger Löschung solche relativen Rangbeziehungen, so daß eine dahinzielende Parteivereinbarung nicht deshalb abgelehnt werden kann, weil sie ein völliges Novum schüfe; auch würde, da eine Eintragung im Grundbuch die erforderliche Klarstellung der Verhältnisse nach außen hin gewährleisten würde, der Verkehrsschutz eine solche Abmachung nicht verbieten. Ferner ließe sich die Vereinbarung deshalb rechtfertigen, weil, wie beim Rangvorbehalt, die Beteiligten die Ergebnisse übersehen können und es ihnen deshalb freistehen mag,

[101]) So Hartung a. a. O.
[102]) Vergl. S. 51 ff. der Arbeit.

ob sie die Ergebnisse, die bei der Erlösverteilung als seltsam erkannt wurden, in Kauf nehmen wollen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Abmachung spricht aber entscheidend folgendes. Das Gesetz hat, wie § 880 BGB zeigt, den Fall des Rangtausches behandelt und damit festgelegt, welche Art des Rangtausches zuzulassen ist. Es hätte nahegelegen, die hier erwähnte andere Art des Rangtauschgeschäfts gleichfalls zum Gegenstand gesetzlicher Regelung zu machen, zumal im unmittelbaren Anschluß daran der Rangvorbehalt, der zu einer relativen Rangordnung führt, gesetzlich geregelt ist. Es wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber angesichts dessen den hier erwähnten Fall möglicher Ranggestaltung übersehen haben sollte. Es muß vielmehr angenommen werden, daß das Gesetz einen Rangtausch nur derart, wie ihn § 880 BGB vorsieht, gestatten wollte. Es ist also durch sogenanntes argumentum e contrario aus § 880 BGB zu entnehmen, daß ein Rangtausch ausschließlich in der vom Gesetz erwähnten Art erlaubt ist. Im übrigen spricht sachlich gegen die Zulässigkeit der Schaffung relativer Rangverhältnisse durch Rechtsgeschäft, daß die Vermehrung der Fälle, wo bei der Erlösverteilung Zufallsergebnisse in Frage kommen müßten, nicht im Sinne einer Rechtsordnung liegen[103]). Mit Rücksicht darauf schaltet der Rangtausch, der also nur mit absoluter Wirkung nach § 880 BGB statthaft ist, aus dem Kreis der Betrachtung relativer Rangverhältnisse aus, und es ist daher nicht notwendig, die stark umstrittene Frage[104]), wie ein solcher Rangtausch aufzufassen ist, zu besprechen.

Im Anschluß an die aus dem BGB genannten Fälle relativer Ranggestaltung mag noch kurz auf die Aufwertungsgesetzgebung eingegangen werden, durch welche die Überlegungen, welche Bewandtnis es mit dem relativen Rang habe[105]), erst wieder wachgerufen sind. Eine aufgewertete Hypothek behält

[103]) Strohal, Über relative Unwirksamkeit, kommt S. 39 zu dem gleichen Ergebnis.

[104]) Vergl. die in Anm. 55 auf S. 16 der Arbeit angegebene Literatur sowie die umfangreichen Angaben bei Planck-Brodmann Anm. II 2a und b zu § 880 BGB.

[105]) Wolff, Sachenrecht äußert S. 119/20 sein Bedauern darüber, daß sich durch die Aufwertungsgesetzgebung die Fälle relativer Ranggestaltung sehr vermehrt haben.

nach § 6 Aufwertungsgesetz grundsätzlich ihren bisherigen Rang[106]). Davon gilt aber eine Ausnahme zu Gunsten der zwischen dem 14. Februar und dem 1. Oktober 1924 rechtsgeschäftlich begründeten oder vorgemerkten Nachhypotheken. Da nämlich nach der dritten Steuernotverordnung nur eine Aufwertung von 15 % vorgesehen war und man noch bis in den Herbst 1924 an eine Aufrechterhaltung dieses Satzes glauben durfte, war es, wie Wolff bemerkt[107]), angemessen, daß, wer in dieser Zeit eine Nachhypothek erworben hat, sich die Vorhypothek nur in dem Umfange vorgehen lassen muß, den die dritte Steuernotverordnung vorsah; mit dem Überschuß geht die Vorhypothek der Nachhypothek nach. Betrug also die erste Hypothek, die 1914 begründet war, 100 000 Mk und ist im März 1924 eine zweite Hypothek eingetragen worden, dann geht die erste Hypothek, die bis zu 25 000 Gmk. aufgewertet wird, in Höhe von 15 000 Gmk. der zweiten Hypothek vor, in Höhe von 10 000 Gmk. nach. Sind mehrere Nachhypotheken vorhanden, von denen die eine in der Zeit zwischen dem 14. Februar und dem 1. Oktober 1924 begründet ist, die andere früher oder später, so entstehen ähnliche Verhältnisse wie im Falle des § 831 IV BGB oder der versehentlichen Löschung einer Hypothek, wenn das Versehen einem Nachhypothekar bekannt, einem anderen unbekannt ist.

Wolff[108]) weist weiter noch auf folgenden Fall hin. Wenn das Grundbuch schon vor Erlaß des Aufwertungsgesetzes infolge Löschung unrichtig gewesen sei, so werde zu Gunsten redlicher rechtsgeschäftlicher Erwerber von Rechten an dem Grundstück § 892 BGB unmittelbar angewendet. Beispielsweise habe der Eigentümer E die Hypothekenschuld in Papiermark, und zwar im Nennbetrage an den Gläubiger G im Sommer 1923 gezahlt und die Löschung erzielt. Dann habe er das

[106]) Quassowski, Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken Anm. I a zu § 106 S. 103, ferner ebenda Anm. I B 1, S. 105: der Grundsatz, daß das aufgewertete Recht den bisherigen dinglichen Rang behält, bedeutet, daß der Dritte aus der Nichteintragung der Aufwertung unter Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Rechte nicht herleiten kann.

[107]) Sachenrecht S. 581 Nr. 4; dazu ferner Planck-Brodmann Anm. 4 der Vorbem. zu den §§ 879—881 S. 183, woselbst umfangreiche Literaturangaben über die relative Rangwirkung im Aufwertungsrecht verzeichnet sind.

[108]) Sachenrecht § 153 V 5 a S. 586.

Grundstück an K verkauft und übereignet. Damit sei die Hypothek erloschen, wenn K ihren Fortbestand nicht gekannt habe. Solche Unkenntnis liege auch vor, wenn K von der Zahlung in Papiermark gewußt habe und sich darüber klar gewesen sei, daß G in Wahrheit wenige Goldpfennige erhalten habe, ja selbst wenn K ein wohlgeschulter und erfahrener Jurist gewesen sei. Denn vor dem Reichsgerichtsurteil vom 28. November 1923[109]) seien zahlreiche Juristen der Meinung gewesen, daß Markschulden zum Nennbetrage in Mark zu zahlen seien und daß man die Schulden der Inflation nicht mit § 242 BGB kurieren dürfe. Wenn nun weiter das Grundstück nach der Löschung des ersten Hypothekars G mit einer neuen Hypothek für H belastet worden wäre, dann würde die Wiedereintragung des G nur mit dem Range hinter H möglich sein. Schwierigkeiten entstünden, wenn das Grundstück nach Löschung des G mit zwei neuen Hypotheken für H und I belastet werde und nur I, nicht H sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen könne. Dann lägen relative Rangverhältnisse vor[110]).

2. Eigene Stellungnahme.

Nachdem die Fälle, bei denen relative Rangfolge im Gebiet des Rechts der Grundstücke in Frage kommen kann, dargestellt sind und gezeigt worden ist, daß die Meinungen darüber, wie die Vorschrift des § 881 IV BGB verstanden werden muß, ebenso auseinander gehen, wie darüber, ob und wann § 881 IV BGB analog angewendet werden muß oder darf, ist es notwendig, darauf hinzuweisen, daß eine Stellungnahme zu den einzelnen Ansichten nur möglich ist, wenn man die Frage beantwortet hat, aus welchen Gründen denn eigentlich im einen oder anderen Fall der Gesetzgeber das nun einmal vorhandene Risiko gewollt hat, und wem es nach dem Sinn des Gesetzes aufgebürdet werden soll. Diese Frage spielt in der Literatur eine untergeordnete Rolle. Man streitet meist darum, wie sich die dargestellten unbilligen Ergebnisse vermeiden lassen sowie,

[109]) RGZ 107, 85.

[110]) Über die Bedeutung des relativen Ranges in der landwirtschaftlichen Entschuldung vergl. DJZ 1935 S. 1487/88; 1936 S. 940/45 und 1353/54.

ob sie denn überhaupt vermeidbar sind. Man wird aber zunächst davon ausgehen müssen, daß der eine oder andere Teil wie auch immer Einbuße erleiden muß, und es ist nur wesentlich zu erforschen, wessen Interessen nach dem Willen des Gesetzes nachzustehen haben und welche vorgehen dürfen. Man darf dabei nicht von vornherein glauben, daß die drei aus dem BGB aufgezeigten Fälle unbedingt eine einheitliche Regelung finden müssen, denn es ist denkbar, daß das System des Gesetzes eine verschiedene Betrachtung der drei Fälle verlangt. Man kann also nicht, wie es in den Kommentaren gewöhnlich geschieht, einfach erklären, der andere Autor rechne falsch, man müsse so und so rechnen. Es reicht auch nicht aus, wenn vereinzelt hinzugefügt wird, der Vertreter der Gegenansicht verkenne die Lage des einen oder anderen Hypothekengläubigers, er benachteilige diesen oder jenen zu unrecht auf Kosten des anderen[111]). Es kommt vielmehr darauf an, festzustellen, wer nach dem Gesetz bei den nun einmal durch die vom Gesetz getroffene Regelung entstehenden Konflikten eine Benachteiligung erleiden soll[112]).

Es erscheint nicht angängig, ohne weiteres die durch § 881 IV BGB den Rangvorbehalt betreffende Regelung zu Grunde zu legen, wie dies z. B. Wolff[113]) tut, wo es sich um die Verteilung des Erlöses handelt, die zwischen Personen erfolgen muß, von denen die eine in Unkenntnis einer unrechtmäßigen Löschung nachstehend eine Hypothek erworben hat und also der gelöschten Hypothek vorangeht, während die andere zu einer Zeit eingetragen war, als die gelöschte Hypothek noch im Grundbuch stand.

Man muß folgendes erwägen: ein Hypothekar, der seine Rangstellung aus einem Rangvorbehalt herleitet, muß unter

[111]) Beyer, Reflexiver Gleichrang, Bayr. Zeitschr. 31, 135 bemerkt einmal resigniert: um nicht an den strengen Bestimmungen des Sachenrechts zu rütteln, muß — in einem von ihm gegebenen Beispiel — die Bevorzugung des B in Kauf genommen werden, gleichgültig, aus welchem Rechtsgrunde dieses eigenartige Rechtsverhältnis entstanden ist.

[112]) Es reicht nicht allein aus, wenn man, wie Endemann, a. a. O. S. 54 Anm. 10, erklärt, der durch unrichtige Rangbeurkundung Benachteiligte — also auch der unrecht Gelöschte — könne einen Ersatzanspruch gegen den Staat geltend machen.

[113]) Sachenrecht § 41 IV 2 S. 119 und insbesondere daselbst Anm. 17; ebenso Heck Sachenrecht § 43 IV 2 b S. 179.

Umständen die ihm günstige Rangstellung in bestimmter Höhe zu Gunsten dessen einbüßen, dem er an sich kraft seines Rangvorbehalts vorgehen soll. Das erklärt sich aus folgendem: er weiß, wenn er eingetragen wird, daß er nur ein Rangvorbehaltsgläubiger ist[114]). Er kann sich also darauf einrichten, daß er gegebenenfalls eine Einbuße erleidet, die er nicht zu befürchten hätte, wenn ihm der Eigentümer statt einer Rangvorbehaltsstelle eine Eigentümergrundschuld als Hypothek gäbe, die sämtlichen späteren Lasten vorangeht. Es steht ihm also frei, unter diesen Umständen z. B. dem Eigentümer kein Geld zu leihen, falls er der Meinung sein sollte, die ihm gewährte Sicherung sei unzulänglich. (Daß er sich über die Tragweite der gesetzlichen Bestimmungen — hier des § 881 BGB — unterrichten muß, ist selbstverständlich; das Risiko einer falschen Gesetzesauslegung trägt er natürlich; diese Feststellung berührt das Problem demnach nicht.) Wenn das Gesetz also ihm zumutet, bei einem Konflikt zu weichen, so ist das durchaus begreiflich. Er bedarf keines besonderen Schutzes. Gerade, weil das Gesetz neben dem Rangvorbehalt die Freimachung einer Stelle durch Eintragung einer Eigentümergrundschuld kennt, die im Bedarfsfall in eine Fremdhypothek umgewandelt werden kann, ist auch den wirtschaftlichen Belangen durch das Gesetz für die Fälle genüge getan, wo ein Gläubiger eben glaubt, sich mit einer Rangvorbehaltsstellung nicht abfinden zu können. Ganz anders steht es aber mit demjenigen, der auf die Wirksamkeit einer vorangegangenen Löschung vertraut und dann erfahren muß, daß die Löschung zu unrecht geschehen war.

[114]) Das Reichsgericht — RGZ 131, 206 — stellt Rangvorbehalt und Rangtausch gegenüber und erwägt folgendes: beim Rangtausch wisse der Zurücktretende, daß er infolge der Rangänderung nicht nur hinter das vortretende Recht, sondern auch hinter die Zwischenrechte zu stehen komme; bei der Einigung über den Rangvorbehalt gebe der Zurücktretende hingegen nur die Erklärung ab, daß er hinter das durch den Vorbehalt begünstigte Recht zurücktreten wolle, nicht aber darüber hinaus hinter etwaige künftige Zwischenrechte. Da andererseits der Eigentümer durch den Rangvorbehalt nicht gehindert sei, das Grundstück ohne Ausnutzung des Rangvorbehalts neu zu belasten, und da die Möglichkeit bestehe, daß im Wege der Zwangsvollstreckung Hypotheken eingetragen würden, so bedürfe es für diesen Fall einer Schutzvorschrift für das mit dem Rangvorbehalt belastete Recht gegenüber künftigen Neubelastungen. Hinsichtlich der bereits bestehenden und aus dem Grundbuch ersichtlichen Belastungen sei dagegen ein solcher Schutz ebensowenig nötig, wie beim Rangtausch nach § 880 BGB.

Er konnte dies der Löschung nicht ansehen. Er durfte sich also darauf verlassen, daß die Löschung in Ordnung war. Das Gesetz mutet ihm in dieser Richtung vorzunehmende Ermittelungen, die in der Praxis mit großen Schwierigkeiten verbunden wären, nicht zu. Im Konfliktsfall kann daher nicht er derjenige sein, der Nachteile erleiden müßte. Dies muß vielmehr derjenige sein, der zu unrecht gelöscht war. Man muß aber weiter auch beachten, daß das Gesetz den Verkehrsschutz im Gebiet der §§ 892, 893 BGB bewußt dem Schutz des Einzelnen voranstellt. Das Gesetz wünscht von vornherein klarzustellen, daß die Sicherheit des Verkehrs dem Einzelinteresse vorgeht; es legt seinem Grundbuch öffentlichen Glauben bei.

Das von Breit sogenannte Wiedereintragungsrecht des zu unrecht Gelöschten ist danach besonders schwach. Diese Schwäche erklärt sich im einzelnen folgendermaßen.

Das Gesetz hat Rechte, die eingetragen sind, von solchen unterschieden, die der Eintragung nicht bedürfen. Die letzteren sind regelmäßig absolut wirksam (Überbau, Notweg); jeder muß mit ihnen rechnen, wer das übersieht, der tut es auf eigene Gefahr. Ferner kennt das Gesetz Rechte, deren Entstehung keine Eintragung voraussetzt, die aber, solange sie nicht eingetragen sind, Gefahr laufen, ihren Rang einzubüßen, den sie bereits mit ihrer Entstehung erhalten hatten, falls nämlich jemand, der sie nicht kennt, inzwischen Rechte am Grundstück erwirbt. (Gruppe 3; Sicherungshypothek nach § 1287 BGB, § 848 ZPO). Hier zeigt sich nun deutlich, daß jedenfalls diese Rechte denjenigen gleichgesetzt werden müssen, die zu unrecht gelöscht sind, wenn es sich um die Frage handelt: wie gestaltet sich ihr Fortbestand an einer bestimmten Rangstelle?. Damit wird aber deutlich, daß die Eintragung für diese Rechte einen Verstärkungswert bedeutet. Die Gefahr der Nichteintragung — Sicherungshypothek des § 1287 BGB — oder der — unrechtmäßigen — Löschung, die ja auch nicht den Untergang des Rechtes herbeiführt, sondern nur einen Verlust der Rangstelle gegenüber redlichen Dritten nach sich zieht, bürdet das Gesetz zunächst dem auf, der nicht eingetragen ist. Hat man sich einmal damit abgefunden, daß der Gesetzgeber den Schutz des einzelnen dem des Verkehrs opfert, dann wird es verständlich,

daß der minder Schutzbedürftige — immer ausgegangen von dem dieser gesetzlichen Regelung sicher zugrunde liegenden Gedanken — bei einer Verteilung des Erlöses schlechter gestellt sein muß. Eine andere Frage ist es freilich, ob er auf anderem Wege nicht doch einen Ausgleich erfährt. Das ist nun sicher dann der Fall, wenn der Grundbuchrichter schuldhaft zu unrecht gelöscht hat; dann haftet dem Benachteiligten der Staat (früher § 12 GBO, jetzt Verordnung über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten vom 3. 5. 1935[115]). Auf diese Weise erhielte er seinen Ausfall bei der ihm ungünstigen Verteilung des Erlöses in der Zwangsversteigerung ersetzt. Dagegen entfällt freilich ein solcher Anspruch, wenn den Richter kein Verschulden trifft, die Löschung z. B. auf Grund einer gefälschten Löschungsbewilligung vorgenommen ist, der Richter aber die Fälschung nicht hat erkennen können. Hier beruht dann jedoch der Mangel eines Ausgleichs für die durch die Löschung benachteiligte Person auf dem gleichfalls im Gesetz ausgesprochenen Gedanken, daß niemand gegen unerlaubte Handlungen Dritter anders als durch Ersatzansprüche gegen diese geschützt ist.

Die vorangegangenen Erörterungen haben also gezeigt, daß das Gesetz in den Fällen unrechtmäßiger Löschung die Gefahr dem aufbürdet, dessen Recht gelöscht ist. Aus diesem Grunde muß er es sein, der in Konfliktsfällen bei der Verteilung unzureichenden Erlöses benachteiligt wird, wie dies auch nach § 881 IV BGB bei dem aus dem Rangvorbehalt sein Recht herleitenden Gläubiger der Fall ist.

Was endlich den dritten erwähnten Fall, der nicht unverzüglich nach der Entstehung eingetragenen Sicherungshypothek des § 1287 BGB angeht, so ist der Sicherungshypothekar aus folgendem Grunde der Benachteiligte. Erst die Eintragung verstärkt sein Recht, er muß daher für diese Eintragung sorgen. Versäumt er dies, so daß inzwischen ein Redlicher eingetragen werden kann, dann erscheint es gerechtfertigt, wenn er die Folgen seiner Säumnis trägt. Die rechtzeitige Eintragung eines Widerspruchs würde, falls die Eintragung der Hypothek selbst auf irgendwelche unvorhergesehenen Schwierigkeiten stieße,

[115]) Vergl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 1 S. 54 Anm. 10.

dem Hypothekar helfen[116]). Sollte es dem Erwerber gelingen, schon vorher einem Gutgläubigen eine Hypothek einzuräumen, dann muß sich der Sicherungshypothekar wegen eines etwaigen Ausfalls an ihn halten, denn der Erwerber wußte ja durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses Bescheid und hat wegen vorsätzlicher Schädigung seines Gläubigers schon nach § 826 BGB diesem Schadensersatz zu leisten.

Damit ist gezeigt, daß eine Übertragung des Rechtsgedankens in § 881 IV BGB auf andere Fälle relativen Ranges nicht ohne weiteres möglich ist. Es ist nicht die Aufgabe der vorliegenden Arbeit zu untersuchen, welche von den verschiedenen Rechnungsmethoden zu § 881 IV BGB schlechthin den Vorzug verdient, sondern die Fragen mußten nur aufgeworfen werden, um eine Grundlage für die Betrachtung relativer Rangverhältnisse im Gebiet des Pfandrechts an bewegliche Sachen zu gewinnen. Die Tatsache, daß eine Einigung über die Berechnungsart in einem der Fälle ebenso fehlt wie darüber, ob die Berechnungsart eines der Fälle auf einen anderen ohne weiteres übertragen werden kann, zeigt, daß ein einheitlicher Maßstab, an dem die vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Fälle des relativen Ranges gemessen werden könnten, fehlt. Ob einer der Maßstäbe übernommen werden kann oder ob andere grundsätzliche Bedenken dagegen sprechen, soll im folgenden behandelt werden.

VI. Relativer Rang im Pfandrecht.

1. Darstellung der Fälle.

Ähnliche Probleme, wie sie die Konkurrenz von Grundpfandrechten zeitigt, ergeben sich aus dem Zusammentreffen von mehreren Pfandrechten an beweglichen Sachen und Rechten. Da aber auf diesem Rechtsgebiet auch der Besitz eine sehr

[116]) Eine Vormerkung kann nicht in Frage kommen, denn der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Eintragung der Sicherungshypothek, solange er nur das Pfandrecht an dem Anspruch auf Übereignung hat. Sobald aber kraft Gesetzes mit der Übereignung die Sicherungshypothek entstanden ist, wird das Grundbuch unrichtig; es entsteht also kein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek, sondern nur ein Berichtigungsanspruch, der aber kann eben nur durch Eintragung eines Widerspruchs gesichet werden.

wesentliche Rolle spielt, und zwar sowohl bei dem Pfandrecht an Sachen wie auch bei dem an Rechten, deren Inhalt die Befugnis zum Besitz einer Sache in sich birgt, beschränkt sich der Streit der mehreren Berechtigten nicht auf die bei der Verwertung in Frage kommende Verteilung des Erlöses, sondern er wirkt sich schon vorher aus, wenn nämlich die einzelnen Gläubiger um den Besitz streiten; das Recht zum Besitz hängt mit dem Rang, den der betreffende Gläubiger innehat, auf das engste zusammen[117]).

Insoweit, als die Rangfolge in der einen wie in der anderen Richtung eine Rolle spielen soll, muß auch hier zwischen dem — regelmäßigen — absoluten Rang und dem — selteneren — relativen Rang unterschieden werden. Während im Grundstücksrecht die Reihenfolge der Eintragungen wenigstens für den absoluten Rang den Ausschlag geben soll, tritt hier, wo jede Eintragung fehlt, einfach der Grundsatz der Priorität gemäß § 1207 BGB ein. Das früher entstandene Pfandrecht geht dem später entstandenen vor[118]). Schon an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß die Verdeutlichung des Ranges, wie sie in Gestalt einer Eintragung unmißverständlich erfolgt, entbehrt werden muß. Es entscheidet vielmehr die Feststellung, in welcher zeitlichen Reihenfolge sich die einzelnen Pfandrechtsbestellungen abgespielt haben; die Publizität ist also — soweit nicht der Besitz sie darzustellen vermag, worauf noch in anderem Zusammenhang eingegangen werden muß —, eigentlich nicht vorhanden.

Von dieser grundlegenden Regelung macht nur § 1208 BGB insofern eine Ausnahme, als er anordnet, es solle, wer von vorgehenden Pfandrechten nichts wisse und auch nichts zu wissen brauche, kraft dieses seines guten Glaubens mit seinem Pfandrecht vorgehen dürfen, es sei denn, daß die Sache dem früheren Pfandgläubiger abhanden gekommen war. Durch diese Bestimmung wird eine Verschiebung des Ranges der Pfandrechte

[117]) Wolff, Sachenrecht § 172 S. 649—653.

[118]) Dazu Staudinger-Kober zu § 1273 Anm. 2 b α, jetzt Anm. 9: wenn das verpfändete Recht bereits mit dem Rechte eines Dritten belastet war, so erlangt das neu begründete Pfandrecht keinesfalls den Vorzug vor diesem älteren Rechte, auch wenn der Pfandgläubiger hinsichtlich jenes Rechtes im guten Glauben war; ferner Hedemann, Grundriß des Sachenrechts § 20 c 2 Seite 203.

insofern hervorgerufen, als früher entstandene und zunächst mit dem ersten und zweiten Rang versehene Pfandrechte dem dritten Pfandrecht nachgehen müssen, also an die zweite und dritte Stelle rücken, falls der dritte Pfandgläubiger von den beiden Pfandrechten nichts ahnt und auch nichts zu ahnen braucht[119]). Die sich dann ergebende Rangfolge ist absolut, denn der dritte erhält die erste Stelle, der frühere erste die zweite, der frühere zweite die dritte Stelle. Der Verkehrsschutz, so meint das Gesetz, erfordere diese Regelung.

Nun kann es sich aber ereignen, daß der dritte von dem zweiten Pfandrecht etwas weiß, das erste hingegen nicht kennt und, wie die Verhältnisse einmal liegen, es auch nicht zu kennen braucht[120]). In einem solchen Fall ist die Rangfolge eine relative, das heißt, der dritte geht zwar dem ersten Pfandrecht vor, nicht aber dem zweiten, während wiederum der erste Pfandgläubiger seine Stelle vor dem zweiten Pfandgläubiger behält, denn im Verhältnis dieser beiden Rechte zueinander wird nichts dadurch geändert, daß die Sache noch einem dritten zum Pfand gegeben wird.

Während nun das Bürgerliche Gesetzbuch wenigstens beim Rangvorbehalt eine wie gezeigt freilich recht unvollkommene Lösung bereitgestellt hat, fehlen im Pfandrecht an beweglichen Sachen Vorschriften, die Fälle der genannten Art betreffen. Auch lassen sich aus dem Zusammenhang der im Pfandrecht vorkommenden den Rang behandelnden Bestimmungen keine Sätze herleiten, die als gewissermaßen mittelbare Regelung gelten könnten. Das Gesetz weist vielmehr eine Lücke auf.

Wissenschaft und Praxis haben sich um einen Ausweg bemüht. Es lag in erster Linie nahe, die Vorschriften des Rechts der Grundstücke anzuwenden. Da eine dem Rangvorbehalt entsprechende Einrichtung beim Pfandrecht an beweglichen Sachen fehlt – sie war entbehrlich, weil der Geschäfts-

[119]) Düringer Hachenburg Anm. 115 a vor § 368 S. 1174 unter b: der gute Glaube des Pfandgläubigers vernichtet nicht das frühere Pfandrecht, er drängt es nur zurück.

[120]) Staudinger-Kober Anm. 5 zu § 1208: „An sich wird die Rangfolge der älteren Pfandrechte untereinander durch § 1208 nicht berührt. Kennt der neue Pfandgläubiger von mehreren bereits bestehenden Pfandrechten verschiedenen Ranges nur eines gutgläubig nicht, so ergibt sich die Reihenfolge des § 1208 nur für dieses." Dies ist keine Lösung des Konflikts. Vergl. ferner Warneyer Anm. 3 zu § 1208.

verkehr sie nicht benötigte; sie war undurchführbar, weil eine Verlautbarung mangels Eintragung in ein Pfandbuch ausschaltete —, so hat man auf die Lösungsversuche zurückgegriffen, die man in Anlehnung an die Vorschrift des § 881 IV BGB dort vorgenommen hat, wo ein Recht im Grundbuch zu unrecht gelöscht war und nun ein Hypothekar in Unkenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ein Recht erwarb, während ein ihm vorgehender Gläubiger sein Recht zu einer Zeit erhalten hatte, als das dann später zu unrecht gelöschte Erstrecht noch im Buche verzeichnet stand. Wie bereits eingehend dargelegt[121]), hat man überwiegend in einem solchen vom Gesetz gleichfalls nicht geregelten Fall den § 881 IV BGB entsprechend angewendet. Immerhin sind die Lösungsvorschläge nicht einheitlich, und es muß deshalb im folgenden zunächst gezeigt werden, auf welche Weise man den Zwiespalt zu beseitigen versucht hat.

Im Kommentar von Reichsgerichtsräten [122]) heißt es, die zunächst unmöglich scheinende Lösung der Schwierigkeit ergebe sich dann, wenn in Betracht gezogen werde, daß § 1208 BGB lediglich den Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Auge habe. Dieser habe daran ein Interesse, daß seinem Pfandrecht keine schwerere Belastung vorausgehe, als ihm beim Erwerb bekanntgewesen sei, nicht aber daran, zu wessen Gunsten die ihm vorangehende Belastung wirke. Nur das erstere verbürge darum § 1208 BGB. Komme es zur Veräußerung des Pfandes und zur Verteilung des Erlöses, so sei hierdurch zwar der Betrag, der auf die dem gutgläubigen Erwerber vorangehende Last entfiele, zur Deckung der Vorbelastung zu verwenden, aber nicht gerade zur Befriedigung desjenigen Berechtigten, dessen Recht bei dem gutgläubigen Erwerbe bekannt gewesen sei, sondern zur Befriedigung der außer dem gutgläubigen Erwerber vorhandenen Berechtigten nach der Rangordnung, die unter ihnen ohne Rücksicht auf das Dazwischentreten des gutgläubigen Erwerbers bestehe. Das würde also folgendes heißen: hat A eine Forderung von 500 RM, B eine solche von 600 RM, C, der von A nichts weiß, aber von B, eine solche von 300 RM, und ergäbe

[121]) S. 27 ff. der Arbeit.
[122]) Anm. 3 zu § 1208 BGB und dazu ferner RGZ 77, 1 ff.

sich ein Pfanderlös von 700 RM, dann erhielte C von diesen 700 RM, da ihm nur 600 RM vorgehen, 100 RM. Die restlichen 600 RM sind unter A und B zu verteilen nach der unter ihnen geltenden Rangordnung; es erhält dann A 500 RM, B 100 RM. Im Ergebnis ist also B der Benachteiligte, denn er muß sich gefallen lassen, daß, obwohl ihm nur 500 RM vorgehen sollen, er von einem Erlös von 700 RM nach Abdeckung der 500 RM nicht die restlichen 200 RM bekommt, sondern von diesen nur 100 RM. Eine Erklärung dafür, warum das Gesetz diese Benachteiligung des B gewollt haben könnte, wird in dem Kommentar nicht gegeben.

Dem genannten Verteilungsvorschlag widerspricht Planck[123]). Nach dem Sachverhalt und der Absicht des Gesetzes, so meint er, solle die neue Beschwerung nicht zu Lasten des jüngeren Rechts gehen. Man müsse vielmehr so verteilen, wie wenn durch eine Vereinbarung der erste Pfandgläubiger dem hinzutretenden dritten, nicht aber dem zweiten den Vorrang eingeräumt hätte, das heißt, man verteile zunächst einmal rechnungsmäßig nach Maßgabe der zeitlichen Reihenfolge und befriedige aus der dem älteren Recht zufallenden Quote zunächst den dritten Pfandgläubiger, aber nur bis zu dem Betrage, der auf ihn entfiele, wenn das erste Pfandrecht nicht bestünde[124]). Hätte A 200, B 800, C 600 RM zu fordern, so würden bei einem Erlös von 1000 RM nach dem Kommentar von Reichsgerichtsräten erhalten: A 200, B 600, C 200 RM; wenn zu fordern hätten A 600, B 500, C 500 RM von dem Erlös von 900 RM, erhalten: A 500, B nichts, C 400 RM. Planck verteilt in diesen beiden Fällen folgendermaßen: A nichts, B 800, C 200 bzw. A 200, B 300, C 400 RM.

Wieso man eine Vereinbarung unterstellen darf, wonach der erste dem dritten den Vorrang eingräumt haben soll, verschweigt Planck; er sagt eben nur, man müsse die Vereinbarung annehmen, weil das Gesetz den B schützen wolle. Planck hebt weiter hervor, daß Düringer-Hachenburg[125]) ähnlich verteile, nur werde daselbst übersehen, daß C bei der Verteilung nicht mehr erhalten dürfe als er bekommen würde,

[123]) Planck-Brodmann, Anm. 3 zu § 1208.
[124]) Vergl. Strohal, Ih. Jhrb. 31, 325 f.
[125]) Anm. 115 b vor § 368.

wenn er nur mit dem ihm gegenüber gültigen Pfandrecht konkurrierte.

Das von Düringer-Hachenburg gegebene Beispiel zeigt aber, was Planck entgegengehalten werden muß, daß Düringer-Hachenburg grundsätzlich der vom Reichsgericht vorgeschlagenen Lösung beitritt. Denn Düringer-Hachenburg betont, daß sich der dritte nur den Betrag vorgehen lassen müsse, der dem Rechte entspreche, das ihm vorgehe, weil er es kenne; daß die beiden anderen dann aber den Rest unter sich nach der Rangfolge zu verteilen hätten, die unter ihnen gelte. Düringer-Hachenburg erklärt ausdrücklich, er stimme mit der im Kommentar von Reichsgerichtsräten vertretenen Meinung überein.

Die Lösung in dem von Düringer-Hachenburg gegebenen Beispiel wird wieder von Emmerich[126]) unter Verwendung folgenden Beispiels bekämpft. A verpfände an B, dann übergebe B die Pfandsache an C, für den nun ein neues und, da C das Pfandrecht B's kenne, nachstehendes Pfandrecht bestellt werde. Dann verpfände A an D durch Übertragung des mittelbaren Besitzes und Anzeige an C. Hier solle nun nach Düringer-Hachenburg das Pfandrecht des gutgläubigen D dem Pfandrecht B's vorgehen, dem C's nachstehen. Das sei nicht richtig. Da nämlich B auch als mittelbarer Besitzer ein dem Eigentümer vorgehender Besitzer sei, also D nur einen dem B nachstehenden Besitz erlange, so gehe B's Pfandrecht dem des D gemäß den §§ 1208, 936 III BGB vor. Die von Düringer-Hachenburg angenommene Komplikation trete also nicht ein, die gewöhnliche Rangordnung B, C, D greife Platz. Emmerich stellt, wie das Beispiel zeigt, auf etwas ganz anderes ab. Er macht offenbar eine Unterscheidung zwischen den Fällen, wo die Besitzstellung kraft Gesetzes dem guten Glauben vorangehen soll, und denen, wo der gute Glaube die Rangstellung, die der Besitz zunächst bestimmt hatte, überwindet. Er argumentiert folgendermaßen[127]): besteht an einer Sache ein vertragsmäßiges, gesetzliches oder Pfändungspfandrecht und erwirbt jemand gutgläubig ein neues Pfandrecht durch Vertrag und Übergabe, so geht sein Pfandrecht dem alten vor. Ist der gutgläubige Pfand-

[126]) A. a. O. S. 85 Anm. 41.
[127]) A. a. O. S. 84.

gläubiger zur Zeit der Verpfändung schon Besitzer, hatte er aber seinen Besitz nicht von dem Verpfänder erhalten, so nützt sein guter Glaube nichts. Erfolgt die Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes und Anzeige an den Besitzer, so geht ein Pfandrecht des unmittelbaren Besitzers oder des mittelbaren Besitzers, der sich in besserer Besitzstellung befindet als der Verpfänder, auch einem gutgläubig erworbenen Pfandrecht vor (§§ 1208, 936 III BGB). Die Nichtübereinstimmung von Düringer-Hachenburg und Emmerich ist offenbar keine grundsätzliche. Denn es muß Emmerich darin beigepflichtet werden, daß im Falle der Verpfändung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs und Anzeige gemäß der positiven Vorschrift des § 1208 in Verbindung mit § 936 III BGB dem neuen Gläubiger eine Stelle eingeräumt wird, die sich jedenfalls hinter derjenigen befindet, deren Inhaber der unmittelbare Besitzer ist, gegen den sich der Herausgabeanspruch richtet. Eine andere Frage ist es freilich, ob nur der unmittelbare Besitzer vorgehen soll, nicht aber auch derjenige, der Vorgänger des unmittelbaren Besitzers war[128]). Düringer-Hachenburg und Emmerich weichen in der Auslegung des § 1208 in Verbindung mit § 936 BGB von einander ab, und so ergibt sich, daß Emmerich zu einer absoluten, Düringer-Hachenburg zu einer relativen Rangordnung kommt[129]).

Komplikationen können ferner dann eintreten, wenn der Pfandgläubiger das Bestehen vorgehender Rechte zwar kennt, aber über den Inhalt sämtlicher oder einzelner Rechte im Irrtum ist. Man denke an den Fall, wo ein Pfandgläubiger zwar weiß, daß die Sache mit einem Pfandrecht belastet ist, aber annimmt, dieses Pfandrecht schütze nur eine Forderung von 100 RM, während sie eine solche von 1000 RM schützt. Mit Recht bemerkt Emmerich[130]), und auf seine Ausführungen kann in dieser Beziehung verwiesen werden, der Grundsatz,

---

[128]) Vergl. dazu Staudinger-Kober, Anm. 6 zu § 1257.

[129]) Ob bei Mitbesitz von Pfandgläubiger und Verpfänder der Schutz guten Glaubens nie eintreten könne, wie Düringer-Hachenburg, Vorbem. II 4 B c zu § 366 behauptet, — dagegen mit Recht Emmerich Anm. 42 auf S. 85 — braucht nicht erörtert zu werden. Es ergeben sich jedenfalls für unser Problem keine Besonderheiten; vergl. dazu im einzelnen Emmerich a. a. O. S. 84/86.

[130]) A. a. O. S. 88/89.

der sich aus den §§ 932 bis 934, 936 und 1207, 1208 BGB klar ergebe, sei: soweit der Erwerber gutgläubig eine gewisse Rechtslage der Sache annehme, entstünden seine Rechte so, als ob diese Rechtslage wirklich vorhanden sei. Dies Prinzip fordere aber auch bei Irrtum über den Inhalt eines Rechts Schutz des guten Glaubens. Denn für die Rechtslage einer Sache sei der Inhalt der an ihr bestehenden Rechte noch bedeutender als das Wesen dieser Rechte. Der Schutz des guten Glaubens müsse sich also auch auf den Irrtum über den Umfang, das heißt den Inhalt eines Rechts, erstrecken. Bei mehreren Pfandrechten an einer Sache müsse sich dann das ältere Pfandrecht in zwei selbständige Pfandrechte teilen, da es unmöglich sei, daß ein Pfandrecht einem anderen zum Teil vorgehe, zum Teil nachstehe. Die Rechtslage ordne sich genau so, wie der gutgläubige Erwerber ihre Gestaltung annehme. Wenn also A ein Pfandrecht von 700 RM habe, B im guten Glauben, daß dies Pfandrecht nur 500 RM schütze, ein neues Pfandrecht von 300 RM erwerbe, so sei die Rangordnung folgende: 1. Pfandrecht 1 für 500 RM des A, 2. Pfandrecht 2 für 300 RM des B, 3. Pfandrecht 3 für 200 RM des A[131]). Dem ist zuzustimmen. Wenn freilich von mehreren nachstehenden Pfandgläubigern der eine glaubt, der erste habe ein Pfandrecht für einen geringeren Betrag als den wirklichen, der andere annimmt, der Betrag sei noch geringer, so ist die Rangordnung sogleich wieder relativer Natur. Diese Besonderheit hat Emmerich nicht beachtet.

Ein anderer Fall relativer Ranggestaltung wird durch das Wertbesserungsprinzip des § 443 HGB herbeigeführt, der mit dem Grundsatz bricht, daß unter mehreren Pfandrechten das Prioritätsprinzip entscheidet. Danach ist zunächst unter mehreren Frachtführern derjenige, der das Gut dem Bestimmungsort am nächsten zugeführt hat, bevorzugt. Nun gilt aber das Wertbesserungsprinzip nur im Verhältnis des gesetzlichen Pfandrechte des HGB untereinander, nicht im Verhältnis der gesetzlichen Pfandrechte des HGB zu den vertragsmäßigen und gesetzlichen Pfandrechten des Bürgerlichen Rechts und den Pfändungspfandrechten[132]). Die privilegierten Transportpfandrechte

[131]) Vergl. auch a. a. O. S. 75.
[132]) Vergl. Emmerich S. 78/79 und daselbst Anm. 19.

des Handelsgesetzbuches haben nicht den Vorrang vor den nicht aus Beförderung entstandenen gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechts[133]). Die Anwendung des Wertbesserungsprinzips wird weiter dadurch kompliziert, daß die Pfandrechte der Spediteure, Frachtführer, Lagerhalter und Kommissionäre auch solche Forderungen decken, die nicht durch Verwendung oder Beförderung entstanden sind; für sie gilt der Grundsatz der Priorität. Daraus kann sich dann aber ergeben, daß ein Pfandgläubiger für bestimmte Forderungen eine bevorrechtigte Sicherung gegenüber anderen Pfandgläubigern verlangen kann, für andere nicht. Da nun das Pfandrecht einheitlich sein soll, ist die Annahme, es liege ein teils bevorzugtes, teils gewöhnliches Pfandrecht vor, unmöglich; es muß für die bevorzugte und die nicht bevorzugte Forderung jeweils ein selbständiges Pfandrecht angenommen werden. Entstehen aber mit den Forderungen sofort zwei Pfandrechte, ein Pfandrecht, das vor älteren Rechten bevorzugt ist, und ein Pfandrecht, das ihnen nachsteht, dann kann es zu einer relativen Rangordnung nicht ohne weiteres kommen. Wenn nämlich an einer Sache mehrere Pfandrechte in folgender Reihenfolge entstanden sind:

1. ein gesetzliches Pfandrecht des BGB,
2. ein vertragsmäßiges Pfandrecht,
3. ein Pfändungspfandrecht,
4. ein gesetzliches nicht bevorzugtes Pfandrecht des HGB,
5. ein bevorzugtes Pfandrecht des HGB,

dann wird die gewöhnliche Rangordnung nur dahin abgeändert, daß Pfandrecht 5 vor Pfandrecht 4 tritt; im übrigen bleibt das Prioritätsprinzip unberührt.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch in den Fällen, wo zwischen den bevorzugten und gewöhnlichen gesetzlichen Pfandrechten des Handelsgesetzbuchs ein Pfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht, also bei folgender Reihenfolge:

1. ein gesetzliches Pfandrecht des HGB,
2. ein vertragsmäßiges Pfandrecht,
3. ein bevorzugtes Pfandrecht des HGB.

Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn eine Sache eingelagert wird, dann ein Pfandrecht an ihr bestellt wird und dann das

[133]) So Emmerich S. 79.

Gut versendet wird. Hier geht das Pfandrecht 3 dem Pfandrecht 1 vor, steht aber dem Pfandrecht 2 nach, Pfandrecht 1 aber geht dem Pfandrecht 2 vor. Die von uns erwähnte relative Ranggestaltung ist also vorhanden. Emmerich, der diesen Fall gibt[134]), spricht von einem unlösbaren Konflikt, der jedoch gelöst werden müsse. Denn beim Vorliegen des Gegensatzes, beim ungeschmälerten Bestand der drei Pfandrechte in ihrem gesetzlichen Umfang könne überhaupt kein Recht durchgeführt werden. Man könne nicht umhin, die Rechte der drei Gläubiger zu kürzen und den § 881 IV BGB analog anzuwenden. Wie dort eine Beeinträchtigung des vorgehenden Rechts wegen der Willenserklärung seines Inhabers möglich sei, aber nicht über den Inhalt der Willenserklärung hinaus ausgedehnt werden dürfe, so könne hier das vorgehende Recht kraft Gesetzes wegen der Wertbesserung des Pfandes beeinträchtigt werden, aber die Größe der Beeinträchtigung finde ihre Grenze in der Wertbesserung. Über die Wertbesserung hinaus finde keine Beeinträchtigung statt. Emmerich legt seine Auffassung an dem erwähnten Beispiel folgendermaßen dar: es bestehen an einer Sache 1. ein gewöhnliches Kommissionärpfandrecht für 100 RM, 2. ein bürgerliches Pfandrecht für 200 RM, 3. das bevorzugte Frachtführerpfandrecht für 300 RM; dann gilt folgende Rangordnung: 1. das selbständige Frachtführerpfandrecht für 100 RM, 2. das bürgerliche Pfandrecht für 200 RM, 3. das Kommissionärpfandrecht für 100 RM und 4. das selbständige durch Spaltung des alten Frachtführerpfandrechts entstandene Frachtführerpfandrecht für 200 RM. Emmerich hebt hervor, diese Rangordnung müsse gelten, denn jedes Pfandrecht müsse einen einheitlichen Rang haben.

Zu der Lösung von Emmerich ist folgendes zu bemerken. Zunächst ist die Bezugnahme auf seine Ausführungen über die Einheitlichkeit des Ranges fehl am Platz. Er hat nämlich diese Einheitlichkeit, wie an anderer Stelle bereits angedeutet[135]), in der Weise bestimmt, daß er gesagt hat, ein Pfandrecht könne einem anderen Pfandrecht nicht gleichzeitig ganz vorgehen und ganz nachstehen, auch nicht zum Teil vorgehen, zum Teil nach-

[134]) A. a. O. S. 82.
[135]) S. 46 der Arbeit; Emmerich a. a. O. S. 75.

stehen. Dagegen hat er nicht ausgesprochen, daß ein Pfandrecht auch nicht einem anderen vorgehen und einem dritten nachgehen könne, von dem wiederum das vorgehende demjenigen nachgeht, das ihm vorgeht. Die Darlegungen Emmerichs erwecken den Anschein, als leugne er im vorliegenden Falle eine relative Rangordnung. Das bedeutet aber, daß er das Wesen des § 881 IV BGB verkennt. Denn gerade die von ihm gewünschte Anwendung dieser Gesetzesvorschrift führt zur relativen Rangordnung. Infolgedessen bedeutet auch die von ihm in seinem Beispiel vorgeschlagene Lösung in Wahrheit gar nicht eine Lösung im Sinne des § 881 Abs. IV BGB. Sie ähnelt vielmehr einem Rangtausch zwischen dem Pfandrecht des Kommissionärs und des Frachtführers, wobei das dazwischenstehende bürgerlich-rechtliche Pfandrecht unberührt bleiben soll. Natürlich ist es auch kein echter Rangtausch, wie ihn § 880 BGB kennt, denn dann müßte der Kommissionär voll an die letzte Stelle treten, während er ja vor die um den Betrag seiner Forderung gekürzte Forderung des Frachtführers gereiht werden soll. Die Lösung Emmerichs erscheint demgemäß willkürlich, entspricht im übrigen aber auch nicht der gesetzlichen Vorschrift, wonach der Frachtführer schlechthin dem Kommissionär vorgehen muß. Will man, um den Konflikt zu lösen, wirklich den § 881 IV BGB anwenden, dann kann dies nur bedeuten, daß der Vorrang des Frachtführers die Stärke eines Rangvorbehalts hat, das heißt insoweit unberücksichtigt bleiben muß, als durch eine inzwischen eintretende Belastung (das bürgerlich-rechtliche Pfandrecht) der Kommissionär eine über das Pfandrecht des Frachtführer hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde. Das würde dann aber heißen, daß der Frachtführer bei einem geringeren Erlöse unter Umständen mehr erhält als bei einem höheren, wie dies im Anschluß an die Besprechung des § 881 IV BGB näher dargelegt worden ist, während sich dies bei der von Emmerich gemeinten Lösung nicht ereignen kann. Dabei bleibt vorläufig völlig unerörtert, ob § 881 IV BGB denn überhaupt auf den in Frage kommenden Fall paßt.

Einen grundsätzlichen Unterschied will Emmerich[136]) ferner

[136]) A. a. O. S. 82 Anm. 31.

zwischen den Fällen machen, wo sich der genannte Konflikt unmittelbar aus dem Gesetze ergibt, das heißt, das Gesetz durch seine Regelung den Konflikt hervorgerufen hat, und den Fällen, wo der Konflikt durch das Verhalten eines Pfandgläubigers hervorgerufen wird; in den letzteren Fällen dürfe nämlich der Konflikt überhaupt nicht entstehen[137]). Es sind dies die Fälle, wo Gläubiger miteinander vereinbart haben, daß zwischen ihnen eine Rangänderung in der Weise statthaben soll, daß zwar im Verhältnis beider zueinander der vorgehende in die Stelle des nachgehenden einrückt, und der nachstehende in die des vorstehenden, der ursprünglich vorstehende aber weiter vor dem zwischenberechtigten und der nachstehende hinter diesem weiter verbleiben soll[138]). Ehe auf diesen Fall im einzelnen eingegangen werden kann, muß der Rangtausch im Pfandrecht grundsätzlich behandelt werden.

Einen dinglichen Vertrag über Rangänderungen von Pfandrechten hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht vorgesehen[139]). Derartige Verträge sollen nach herrschender Ansicht[140]) unwirksam sein, weil es Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches sei, daß nur ausdrücklich im Gesetz anerkannte dingliche Verträge geschlossen werden dürfen. Es bestehe auch kein wirtschaftliches Bedürfnis dafür, denn die Belastungen von Grundstücken dienten der Sicherung dauernder Kapitalsanlagen, und bloße obligatorische Bindungen könnten eine solche Sicherung nicht geben, durch Pfandrechte an beweglichen Sachen aber sollten bestimmte Forderungen nur für kurze Dauer gesichert werden, dazu reiche eine obligatorische Vereinbarung aus. Rangänderungen ließen sich leicht dadurch erreichen, daß man

[137]) A. a. O. S. 408 ff.

[138]) Strohal, Über relative Unwirksamkeit, S. 38, meint, es ließen sich zwar relative Rechtsgestaltungen auch als durch Rechtsgeschäft herbeigeführt denken, durch das praktische Bedürfnis sei jedoch die Möglichkeit der Auslösung so komplizierter Rechtsfolgen auf dem Wege des Rechtsgeschäfts kaum gefordert.

[139]) Im gemeinen Recht war es streitig, ob eine Prioritäts-Zession mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung zulässig sei. Heck, Sachenrecht § 24 Nr. 10 S. 95, nennt die gegen dingliche Prioritäts-Zession vorgebrachten Gründe rein konstruktiv und macht den „horror novi" für die Ablehnung verantwortlich, da solche Geschäfte in den Quellen des römischen Rechts nicht bekannt waren.

[140]) Emmerich a. a. O. S. 113 und 114 sowie die daselbst in Anm. 119 angegebene Literatur. Wolff, Sachenrecht § 172 I am Ende. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II 1 S. 97, Anm. 38.

Pfandrechte aufhebe und mit dem gewollten Rang neu begründe, auch könnten die Forderungen getauscht werden, und dann gingen die Pfandrechte mit ihnen über. Solche Geschäfte seien dagegen im Immobiliar-Pfandrecht wegen der damit verbundenen Kosten schwieriger, weshalb man dort einen dinglichen Rangtausch für wünschenswert erachtet und auch den Rangvorbehalt[141]) eingeführt habe. Außerdem hat man darauf hingewiesen[142]), daß mangels einer öffentlichen Feststellung die Zulässigkeit von Rangänderungen im Pfandrecht Unklarheiten und Verwickelungen nach sich ziehen könne. Die genannten obligatorischen Vereinbarungen führen nicht ohne weiteres zu relativem Rang. Denn wenn der Pfandgläubiger A mit dem Pfandgläubiger C einen Rangtausch vereinbart, dann heißt das nur, daß bei der Verteilung des Erlöses der A den C vorgehen lassen muß; der zwischen ihnen stehende B wird dadurch in keiner Weise berührt. A hat eben den Betrag, der auf ihn entfiele, dem C zu geben.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung wird namentlich von Düringer-Hachenburg[143]) und Heck[144]) der Standpunkt vertreten, nachträgliche Rangänderungen könnten auch rechtsgeschäftlich mit dinglicher Wirkung herbeigeführt werden. Der Umstand, daß das Gesetz die Rangänderung im Gegensatz zu § 880 BGB nicht erwähne, schließe die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung nicht aus. Der Grundsatz des geschlossenen Kreises der Sachenrechte gelte nur für die dinglichen Rechte, nicht für die dinglichen Rechtsgeschäfte. Die Rangänderung müsse im Einverständnis aller von ihr Betroffenen

---

[141]) Ein solcher Rangvorbehalt kann mangels jeder Verdeutlichungsmöglichkeit im Pfandrecht nicht mehr in Frage kommen. Die von Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Band 1 § 242 Anm. 1 für das gemeine Recht behauptete Zulässigkeit, die von Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 39 ff. und von v. Bar, Arch. Ziv. Prax 53 S. 373 ff. ebenfalls bejaht wird, muß für das bürgerliche Recht abgelehnt werden. Deshalb ist es auch nicht nötig, sich mit der These von Windscheid auseinanderzusetzen: wenn man die Existenz eines Pfandrechts von einer Bedingung abhängig machen könne, so könne von einer Bedingung auch sein Inhalt, das Maß der durch dasselbe gewährten rechtlichen Macht abhängig gemacht werden, wobei die Bedingung hier die Bestellung oder Nichtbestellung eines anderen Pfandrechts sei.

[142]) Emmerich a. a. O.

[143]) A. a. O. zu § 368 Anm. 115 a S. 1173/1174.

[144]) Grundriß des Sachenrechts § 24 Nr. 11 u. 12 S. 95/96, § 104 Nr. 7 b S. 426.

möglich sein. Heck meint, die Zulässigkeit einer solchen Rangänderung stoße auf keine besonderen Gegengründe[145]), die herrschende Meinung sei unzutreffend, man müsse § 880 BGB „entsprechend" also unter Weglassung der Eintragung auf Rechte an beweglichen Sachen und auch auf Rechte an Rechten übertragen. Auch bei solchen Rechten kämen Lebensbedürfnisse vor, die eine Rangänderung wünschenswert machten, und es fehlten Gegeninteressen, welche die Nichtbefriedigung des Parteiwunsches rechtfertigen könnten[146]). Unter Bezugnahme auf ein von ihm gegebenes Beispiel bemerkt er, im Geschäftsleben ereigne es sich, daß ein Inhabergrundschuldbrief über oft bedeutende Summen bei einer Bank als Pfandhalterin hinterlegt und dann der Reihe nach für verschiedene Forderungen verpfändet werde. Das Bedürfnis einer Rangänderung könne in solchen Fällen ebenso vorhanden sein wie bei Hypotheken. Gegeninteressen seien nicht vorhanden, wenn die Interessen der Zwischenberechtigten in derselben Weise geschützt würden wie nach § 880 BGB. Der ablehnende Standpunkt der Motive[147]) sei unmaßgeblich. Der Standpunkt des ersten Entwurfes[148]) sei hinsichtlich der Grundstücksrechte durch eine freiere Zulassung von dinglichen Geschäften verdrängt worden. Auch die verschiedene Behandlung der Aufrückungsfrage bei Grundpfand und Fahrnispfand könne nicht eingreifen, da, wie Heck sich ausdrückt, § 880 BGB kein Grundpfand voraussetze. Maßgebend sei, wie ihm scheine, für die herrschende Meinung ganz allein die Abneigung gegen ein gesetzlich nicht geregeltes Geschäft. Aber diese Abneigung müsse vor der Analogie des § 880 BGB und vor dem Bedürfnis zurücktreten, schutzwürdige Interessen anzuerkennen, wenn Gegeninteressen fehlten.

Legt man also § 880 BGB zugrunde, so ist nach Düringer-Hachenburg[149]) die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten sowie die Zustimmung eines Dritten nötig, mit dessen Recht das zurücktretende Recht belastet ist.

[145]) A. a. O. S. 426.
[146]) A. a. O. S. 95.
[147]) III Seite 805/806.
[148]) Er enthielt Beschränkungen, welche die zweite Kommission beseitigt hat; Heck a. a. O. S. 95.
[149]) A. a. O.

Ein dem Grundbucheintrag entsprechendes Erfordernis fehlt hier. Im Range dazwischenliegende Rechte bleiben unberührt. Ist der Betrag des vortretenden Rechtes höher als der des zurücktretenden, so braucht sich der dazwischentretende Berechtigte nur soviel vorgehen zu lassen, wie dem Betrag des zurücktretenden Rechtes entspricht. Allerdings wirkt sich die Rangänderung auf die dazwischenliegenden Rechte insofern aus, als sich deren Aussicht auf Aufrücken verändert. Bei Wegfall des zurücktretenden Rechts kann der dazwischenstehende Berechtigte nicht mehr aufrücken. Auch sein etwaiger guter Glaube hinsichtlich der Rangänderung nützt ihm nichts. Ein Schutz des guten Glaubens findet nur statt mit Rücksicht auf eine bestimmte Besitzlage; an der fehlt es hier.

Nicht deutlich wird, ob Heck im Gegensatz zu Düringer-Hachenburg die Zustimmung auch der Zwischenberechtigten für erforderlich hält, die, wie die Darlegung bei Düringer-Hachenburg zeigt, doch betroffen werden; denn Heck hebt hervor, die Rangänderung müsse im Einverständnis aller von ihr Betroffenen möglich sein.

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, zu dem Streit der genannten beiden Auffassungen abschließend Stellung zu nehmen. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß, wie bereits an anderer Stelle betont, die Parallele von Recht an Grundstücken und beweglichen Sachen nicht unbedenklich ist und daß die Behauptungen Heck's, § 880 BGB beziehe sich eigentlich gar nicht nur auf Grundstücksrechte, doch wohl im Widerspruch mit der Stellung, die diese Vorschriften nun einmal im Gesetz gefunden hat, steht. Jedenfalls taucht bei Zulassung dinglichen Rangtauschs von Pfandrechten zugleich die Frage auf, ob die Vereinbarung auch dahingehen kann, daß der Tausch in der Weise vollzogen wird, daß A mit D vereinbart, D solle zwar ihm, dem A, vorgehen, er wolle aber weiter vor B und C, den Zwischenberechtigten befriedigt werden, während D diesen weiterhin nachstehen solle, also ein Rangtausch mit der Wirkung, daß relative Rangverhältnisse entstehen, möglich ist. Diese Frage wird von Heck und Düringer-Hachenburg nicht aufgeworfen. Folgerichtig müßte man sie aber bejahen.

Auch Emmerich, der den Rangtausch von vertraglichen Pfandrechten ablehnt, erkennt ihn für Pfändungspfandrechte an.

Zwar findet sich eine dahingehende Bestimmung in der Zivil-Prozeß-Ordnung nicht; eine Rangänderung würde also an sich den Grundsätzen der Zivil-Prozeß-Ordnung insofern widersprechen, als auch das Pfändungspfandrecht nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelt zu werden pflegt. Sie wird aber aus den §§ 827 II und 876 ZPO hergeleitet. Nach § 827 II ZPO hat der Gerichtsvollzieher einen Erlös, der zur Befriedigung aller Pfändungspfandgläubiger nicht ausreicht, nach der Reihenfolge der Pfändungen zu verteilen. Wenn aber ein Gläubiger eine andere Art der Verteilung verlangt und die anderen Gläubiger zustimmen, das heißt, die Gläubiger sich auf eine andere Art der Verteilung einigen[150]), dann muß der Gerichtsvollzieher dieser Einigung folgen (§ 827 II ZPO). Die Verteilung steht dann mit der ursprünglichen Rangfolge im Widerspruch, denn diese schließt sich ausnahmslos an die Reihenfolge der Pfändungen an (§ 804 III ZPO). Diese Vereinbarung hat nicht etwa nur die Bedeutung, daß die Gläubiger als Eigentümer der ihnen zukommenden Erlösteile das Eigentum an diesen auf andere Gläubiger übertragen — das können sie natürlich jederzeit und demgemäß auch den Gerichtsvollzieher anweisen, entsprechend zu verfahren — sondern § 827 II will besagen — sonst wäre er überflüssig —, daß die Befriedigung selbst nach einer anderen Rangfolge geschehen soll. Es handelt sich demnach um eine Abmachung, durch die § 819 ZPO soweit außer Kraft gesetzt wird, daß die Gläubiger nicht schon durch die Empfangnahme des Erlöses von Seiten des Gerichtsvollziehers in der alten Rangordnung befriedigt werden; eine Rangänderung tritt vielmehr in der Befriedigung selbst, und zwar mit rückwirkender Kraft, ein. Für diese Auslegung wird § 876 ZPO herangezogen, wonach im Verteilungsverfahren der Teilungsplan nach der gesetzlichen Regelung aufzustellen ist. Wenn aber ein Gläubiger eine davon abweichende Befriedigung verlangt und die übrigen zustimmen, dann muß das Gericht ohne Rücksicht auf die gesetzliche Rangordnung entsprechend der Einigung verteilen. Hier aber könnte nie eingewendet werden, daß etwa die Pfändungspfandgläubiger

[150]) Die theoretische Möglichkeit einer Rangänderung der Pfandrechte durch Einigung der betreffenden Gläubiger wird von Stein-Jonas Anm. II 3 zu § 878 ZPO bejaht; vergl. auch Baumbach Anm. 2 B zu § 878 ZPO.

zunächst Eigentümer in der alten Rangfolge werden, denn die Gläubiger werden ja erst durch Auszahlung von Seiten des Gerichts, nicht schon nach § 819 ZPO befriedigt. Auch der Schuldner kann dagegen nicht nach § 766 ZPO vorstellig werden, weil die Art und Weise der Zwangsvollstreckung dem Gesetz entspricht. Da im Gebiet des Bürgerlichen Rechts der Rang der Pfandrechte auf dem Willen des Schuldners beruht, sei es, wie Emmerich meint, begreiflich, wenn hier die Gläubiger die Rangfolge nicht ohne weiteres abändern können. Im Vollstreckungsrecht hingegen beruhten die Pfändungspfandrechte auf dem Willen der Gläubiger. Deshalb bliebe auch im Verhältnis zu bürgerlich-rechtlichen Pfandrechten die Rangänderung der Pfändungspfandrechte untereinander ausgeschlossen.

Es entsteht nun die Frage, ob die Pfändungspfandgläubiger sich auch in der Weise miteinander einigen können, daß zwar A dem C nachstehen, aber bei der Verteilung unter allen Umständen vor B verbleiben soll, das heißt, ob sie durch Vereinbarung eine relative Rangfolge schaffen können. Ferner könnte problematisch sein, ob im Verhältnis der sich einigenden Pfändungspfandgläubiger A und C, zwischen denen der B als Pfandgläubiger des Bürgerlichen Rechts steht, welcher wieder durch die Abmachungen von A und C nicht berührt werden darf, der Rangtausch nicht auch zu einer relativen Rangordnung führen kann. Damit kommen wir zu dem Ausgangspunkt unserer Erörterung[151]), betreffend die Rangänderung, wo es hieß, daß man es für den Fall einer Rangänderung durch Vereinbarung von vornherein abgelehnt hat, einen Konflikt, wie er beim Zusammentreffen mehrerer gesetzlicher Pfandrechte unumgänglich entstehen könnte, überhaupt zuzulassen.

Emmerich[152]) gibt als Beispiel, daß im Verteilungsverfahren fünf Gläubiger beteiligt sind und nun der Gläubiger 1 hinter Gläubiger 4 zurücktreten will, aber den Gläubigern 2 und 3 weiter vorgehen möchte. Dann müsse, so meint Emmerich, der eine relative Rangordnung nicht kennt, der Gläubiger 1 den Vorrang von 4 auch gegenüber 2 und 3 durchführen, so

[151]) Seite 50 der Arbeit.
[152]) A. a. O. S. 410.

daß die Rangordnung 4, 1, 2, 3, 5 eintrete. Er weist darauf hin, die Sachlage sei der des § 881 IV BGB und § 443 HGB ähnlich. Es fehle aber eine gesetzliche Regelung[153]). Die analoge Anwendung des § 881 IV BGB verbiete sich, weil ein schon vor Entstehung der Zwischenrechte bekannter Rangvorbehalt nicht vorliege und deshalb der im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch die öffentliche Kundmachung des Vorbehalts erklärliche Übergang der vorgehenden Rangstellung nicht eintreten könne. § 443 HGB enthalte aber überhaupt keine gesetzliche Regelung einer Sachlage wie der genannten; seine analoge Anwendung stehe daher nicht in Frage. Wie nun aber der erste den Vorrang des vierten gegenüber 2 und 3 durchführen soll, das sagt Emmerich nicht[154]). Es könnte dies nur durch eine entsprechende Verständigung mit den Zwischenberechtigten geschehen, damit dann die von Emmerich im Endergebnis allein zugelassene absolute Rangfolge Platz greift.

Es ist nun aber nicht ohne weiteres einzusehen, warum Vereinbarungen unstatthaft sein sollen, die zu einer relativen Rangfolge führen, wenn überhaupt Abmachungen über die Rangfolge für erlaubt gehalten werden. Die Komplizierung als solche, welche das Gesetz in bestimmten Fällen durch eigene Regelung schafft, kann nicht als unerlaubt gelten. Allerdings ist zu beachten, daß ein Rangtausch, den das Grundstückrecht vorsieht, vom Gesetz nur in der Art gestattet ist, daß wieder eine absolute Rangfolge zustandekommt. Daraus könnte man herleiten, daß die relative Rangfolge in der Tat nur ein Notbehelf ist und, wenn es an einem wirtschaftlichen Bedürfnis fehlt, vermieden werden muß, rechtlich schwierige Konstruktionen zuzulassen.

Nachdem die Fälle, bei denen eine relative Rangordnung sich ergibt, gezeigt sind, sollen die Fragen, welche Folgen sich aus dieser Rangordnung abgesehen von der Verteilung des Erlöses ergeben können, behandelt werden. Anders als bei den Grundpfandrechten sind nämlich hier schon vor der Verwertung des Pfandes Konflikte denkbar, die dadurch entstehen, daß das Pfand zum Besitz der Sache berechtigt. Wenn der

[153]) A. a. O. S. 408, 409, 410.
[154]) Siehe die Anm. 153 der Arbeit.

Pfandgläubiger A, der den unmittelbaren Besitz an dem Pfandstück hat, dem Pfandgläubiger C einen Rang einräumt, ohne daß dadurch der Zwischengläubiger B berührt werden soll, dann fragt es sich, ob C mit einer solchen Pfandrechtstellung — wobei vorausgesetzt wird, daß der Rangtausch überhaupt möglich ist — einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes erhält, wenn er als dritter Pfandgläubiger seine Besitzstellung nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, also mittelbaren Besitz erhalten hatte. Daß die Abmachung zwischen A und C nicht schon als solche eine Besitzverschiebung nach sich zieht, ist selbstverständlich; denn der unmittelbare Besitz — hier des A — ist als tatsächliche Gewalt über die Sache nur durch Verschiebung der räumlichen Lage, der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt für C, zu ändern. Man wird nun aber die Abmachung zwischen A und C nicht in dem Sinne verstehen können, daß der C von A sofort die Herausgabe der Sache zu unmittelbarem Besitz fordern kann. Jedenfalls folgt ein solcher Anspruch nicht ohne weiteres aus dem Inhalt einer Vereinbarung, die ganz offenbar nur auf die Bevorzugung bei der Erlösverteilung abzielt.

Eine andere Frage ist es aber, ob nicht aus § 1232 BGB gefolgert werden muß, daß der nunmehr an die erste Stelle gerückte C von A die Herausgabe der Sache zum Zwecke der Verwertung verlangen kann[155]). Das muß bejaht werden. Denn die Einräumung der ersten Rangstelle hat nicht nur die Bevorrechtigung bei der Erlösverteilung, sondern auch die Verschaffung der weiteren sich an die betreffende Rangstellung knüpfenden Machtbefugnisse zum Gegenstand. Wenn nun durch entsprechende Abmachung eine relative Rangordnung geschaffen wird, dann hat dies auf die Ansprüche auf Herausgabe zur Befriedigung keinen Einfluß derart, daß dadurch

[155]) Emmerich a. a. O. S. 165/166, woselbst auch Literatur in Anm. 287, weist darauf hin, daß das Recht des vorgehenden Gläubigers vom nachstehenden unmittelbar besitzenden Pfandgläubiger stets die Bereitstellung der Pfandsache zum Pfandverkauf und ihre Herausgabe an den Käufer fordern zu dürfen, mit § 1227 BGB nicht zu tun hat. Dazu Staudinger-Kober Anm. 2 zu § 1227 BGB und Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB S. 11 und 12, der gegen Emmerich § 1227 BGB auch im Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger anwenden will. Der Streit ist hier ohne Belang.

die Sachlage besonders verwickelt würde. Wenn der 1. Pfandgläubiger mit dem 4. Pfandgläubiger tauscht und dabei bedungen wird, daß der 1. dem 2. und 3. weiter vorgehen soll, dann könnte der 1. zwar von dem 2. oder 3. die Herausgabe zwecks Verwertung fordern, nicht aber vom 4.; im Gegenteil kann der 4. sie von ihm begehren, nicht dagegen vom 2. oder 3.

Daß der nachstehende Pfandgläubiger das Recht zum Pfandverkauf an sich hat, wird heute nicht mehr bestritten[156]). Es folgt aus der Bestimmung des § 1232 BGB unzweideutig[157]). Also ist es gleichgültig, ob der betreffende Pfandgläubiger dem einen vorgeht, der einem anderen nachgeht, der vor ihm, dem betreibenden, steht. Auch auf die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse am Erlös ist die Relativität der Rangordnung ohne Wirkung. Derjenige, der betreibt, wird eben Eigentümer des auf ihn entfallenden Erlösteiles, und die anderen erhalten an dem auf sie fallenden Teil Pfandrechte nach der zwischen ihnen geltenden Rangfolge; diese kann dann wieder absolut oder relativ sein[158]).

Was das Verhältnis der rangtauschenden Gläubiger zu dritten Personen betrifft, so kann auch hier die Entstehung von relativen Rangverhältnissen keine Komplikationen hervorrufen[159]). Denn im Verhältnis zu Dritten spielt der Rang auch als absoluter Rang keine Rolle. Aus dem Zweck des § 1227 BGB ergibt sich[160]), daß der Kläger nicht im Besitz der Sache sein muß, um den Besitzstörungsanspruch geltend machen zu können. Dem Pfandgläubiger braucht nicht einmal ein Recht auf den Besitz der Sache zuzustehen. Soweit ist der Anspruch jedem Pfandgläubiger gegeben. Darin liegt gerade seine Bedeutung. Für den Pfandgläubiger, der nicht im Besitz der Sache ist und auf deren Besitz auch kein Recht hat, ist der Anspruch aus § 1004 BGB das einzige Schutzmittel.

[156]) Anders früher Leonhard in Eck's Vorträgen zum Bürgerlichen Recht II 341.

[157]) Oertmann, Der Pfanderlös bei Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger, Jur. Rundschau 1932 S. 49—53.

[158]) Im einzelnen vergl. Oertmann a. a. O.

[159]) Dazu Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Ih. Jahrb. 66 S. 199.

[160]) Schultz, Die Pfandansprüche nach § 1227 BGB S. 68/69.

2. Eigene Stellungnahme.

Im Anschluß an die Beschreibung der Fälle relativer Rangordnung im Gebiet des Pfandrechts und die Lösungsversuche, die man unternommen hat, um die sich, wie gezeigt, nur bei einer Erlösverteilung ergebenden Schwierigkeiten zu bewältigen, soll nun die eigene Stellungnahme aufgezeichnet und begründet werden.

Grundsätzlich muß dabei im voraus folgendes bemerkt werden. In den Lösungen, die man vorgeschlagen hat, spielt die Heranziehung der Vorschriften des Grundstücksrechts eine erhebliche Rolle. Mag es nun auch begreiflich sein, daß dort, wo das Gesetz Lücken aufweist, die Vorschriften eine Handhabe bieten sollen, welche Parallelerscheinungen ausdrücklich regeln, so ist doch meist nicht genügend berücksichtigt worden, daß die Eintragung der Rechte im Grundbuchverkehr eine Besonderheit ist, die Regeln hervorrufen kann, welche dort, wo eine solche Eintragung ausschaltet, schon wegen dieser fehlenden Eintragungsmöglichkeit nicht mehr so ohne weiteres passen, ja darüber hinaus ganz abwegig erscheinen können.

Man ist geneigt, die Eintragung im Grundbuch dem Besitz gleichzusetzen[161]) wenn man Grundstücksrechte und solche an beweglichen Sachen einander gegenüber stellt, indem man Eintragung und Besitz als Publizitätsmittel gleichbewertet. Das darf man aber nicht. Die Eintragung der einzelnen Hypotheken — sie spielen die wesentlichste Rolle — unterscheiden sich untereinander nicht. Jede Hypothek wird wie die andere augenfällig gemacht: eben durch die Eintragung. Ihre Verdeutlichung ist dieselbe, ist stets gleich stark. Ganz anders steht es bei den mehreren Pfandrechten. Hier hat regelmäßig nur der eine Gläubiger den unmittelbaren Besitz; die anderen hingegen sind auf Herausgabeansprüche angewiesen, ihr Besitz ist nur ein mittelbarer. Der mittelbare Besitz wird aber nicht in der gleichen Weise augenfällig wie der unmittelbare, er wird, streng genommen, überhaupt nicht augenfällig. Kenntnis von ihm wird

[161]) Heck, Sachenrecht § 48 S. 204/205 spricht von der Sichtbarmachung der Rechte im BGB bei Grundstücken und beweglichen Sachen. Sie werde, so meint er, angestrebt. Das Kapitel mit der Überschrift „Vergleich der Eintragung bei Grundstücken mit der Zeichenfunktion des Besitzes bei beweglichen Sachen" enthält nichts Grundsätzliches.

vielmehr erst durch das Wissen um die Rechtsvorgänge vermittelt. Der mittelbare Besitz ist demnach überhaupt nicht direkt wahrnehmbar. Heck[162]) hat einmal treffend darauf hingewiesen, daß die Abgrenzung von Sach- und Rechtsmängeln unter folgendem Gesichtspunkt vorgenommen werden müsse: die Kenntnis von einem Sachmangel werde durch den Besitz, die eines Rechtsmangels durch die Kenntnis von der Geschichte der Sache vermittelt; er hat daran die Bemerkung geknüpft, daß das Gesetz da, wo man etwas leicht wahrnehmen könne, eine kurze Verjährung für die Rechte festlege, deren Voraussetzungen für die Entstehung einfach und schnell wahrnehmbar seien, während da, wo Erkundigungen notwendig seien, eine entsprechende Gestaltung der Rechte des Käufers unangebracht wäre. Diese Feststellung hat grundsätzliche Bedeutung. Sie ergibt nämlich, daß das Gesetz im Hinblick auf verschiedenartige Möglichkeiten der Kenntnisnahme durch die am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen vernünftigerweise Bedacht nimmt, so daß man also sehr vorsichtig sein muß, wenn man Vorschriften aus einem Gebiet in ein anderes übernehmen will, wofern in beiden Gebieten rechtswesentliche Dinge in durchaus verschiedener Weise in die Erscheinung treten. Was die mehreren Pfandrechte untereinander betrifft, so mag die Kenntnis von dem Pfandrecht des unmittelbaren Besitzers immerhin noch dadurch bis zu einem gewissen Grade verdeutlicht werden, daß man das Pfand in seiner Hand erblickt — hier waltet eine sinnliche Wahrnehmung —, die Kenntnis von dem Pfandrecht eines mittelbaren Bsitzers kann aber nur dadurch vermittelt werden, daß man die Vorgeschichte der Sache, die Begebenheiten der verschiedenen Verpfändungen kennt. Schon dieser Umstand würde es rechtfertigen, wenn man die Parallele von Hypothek und Pfand, soweit die Publizität in Betracht kommt, für nicht unbedenklich erklären wollte; die Hypotheken werden eine wie die andere in gleicher Weise publiziert, die Pfandrechte nicht.

Weiter muß man aber folgendes berücksichtigen. Die Eintragung gibt über den Inhalt des Grundpfandes deutliche Auskunft; man liest im Grundbuch und weiß über Inhalt und

[162]) Grundriß des Schuldrechts S. 270.

Umfang des Pfandrechts Bescheid. Der Besitz, auch der unmittelbare, sagt als solcher zunächst gar nichts. Der Besitzer kann ein bloß obligatorisch Berechtigter, kann dieser oder jener dinglich Berechtigte sein. Der Besitz kann also höchstens zu einer sofortigen Rückfrage anregen und eine der Wahrheit entsprechende Antwort gäbe dann die erforderliche Klarheit.

Ferner kommt hinzu: wird z. B. eine Hypothek zu unrecht gelöscht, dann bleibt immer sichtbar, daß sie einmal eingetragen war; wenn hingegen eine Sache aus dem unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers gelangt, dann ist überhaupt nichts mehr vorhanden, was zu einer Erkundigung anregen würde. Wenn das Gesetz dem Besitzverlust insofern Rechnung trägt, als es bei Aufgabe des Besitzes das Pfandrecht untergehen lassen will, bei unfreiwilligem Verlust hingegen nicht nur den Fortbestand des Pfandrechts anordnet, sondern ihm auch seinen Rang wahren will, mag der neue Pfandgläubiger gutgläubig sein oder nicht, dann schafft es damit eine Lösung möglicher Streitigkeiten, die auf die Publizität des Pfandrechts nicht weiter Bedacht nimmt; es sind eben Erwägungen maßgebend, die jedenfalls mit einer nach außen sichtbar werdenden Verdeutlichung des Pfandes nichts mehr zu tun haben. Das Gesetz wahrt dem jeden Besitz entbehrenden Pfandgläubiger sein Recht.

Vergleicht man den letzten Fall mit demjenigen, wo wider den Willen des Hypothekars eine Hypothek gelöscht wird und nun ein anderer in Unkenntnis der Unrichtigkeit der Löschung eine Hypothek erhält, dann soll diese seine Hypothek der gelöschten vorangehen. Dabei sind doch beide Personen wider ihren Willen des Publizitätsmittels ihrer Rechte beraubt worden, der eine des Besitzes, der andere der Eintragung. Hier zeigt sich, daß der Verlust des Besitzes weniger nachteilige Folgen haben soll als der Verlust der Eintragung, denn der des Besitzes beraubte Pfandgläubiger behält sein Pfandrecht mit gleichem Rang. An sich könnte man sich vorstellen, daß etwas, was als frühere Eintragung noch erkennbar ist, sich für den, der eingetragen gewesen war, stärker auswirkt als ein Recht, das eigentlich jeder Verdeutlichung nach außen entbehrt, und zwar deshalb, weil dort, wo etwas sichtbar bleibt, die Anregung zu Erkundigungen gefordert werden könnte, während, wo nichts mehr

sichtbar ist, ein ähnliches Verlangen unbillig erschiene. Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, aus welchem wirtschaftlichen Grunde der Gesetzgeber die jeweils andere Regelung getroffen hat. Jedenfalls beruht die Gestaltung nicht auf logischen Gesichtspunkten. Schon diese Gegenüberstellung zeigt, daß es nicht ohne weiteres statthaft sein kann, Lücken der pfandrechtlichen Regelung dadurch auszufüllen, daß man Sätze des Grundpfandrechts übernimmt. Demnach braucht die Stellung dessen, der in Unkenntnis der Unrechtmäßigkeit von Löschungen vorausgegangener Rechte ein späteres Recht erwirbt, nicht ohne weiteres dieselbe zu sein, wie die eines Pfandgläubigers, der vorangegangene Rechte weder kennt noch kennen muß, sei es, daß die vorgesehenen Rechte jeder Publizität entbehren wie diejenigen, bei denen das Pfand abhanden gekommen ist, sei es, daß sie sich mit dem, wie dargelegt, unvollkommenen Publizitätsmittel des mittelbaren Besitzes begnügen müssen.

Wo relative Ranggestaltung durch Parteiabrede Platz greift, muß man, soweit sich bei dieser Rangregelung für irgendwelche dritte an der Abrede nicht beteiligte Personen Verschlechterungen ergeben könnten, solche von vornherein ausschalten, das heißt, die dritten bleiben von der Vereinbarung unberührt. Das ist der oberste Leitsatz. Es können also, falls sich bei der Erlösverteilung Schwierigkeiten herausstellen sollten, ausschließlich die Vertragschließenden davon betroffen werden. Der Vortretende soll nach dem Willen des Zurücktretenden nicht dessen Vorrang vor dem Zwischenberechtigten beeinträchtigen. Damit ist also als Inhalt der Abrede festzustellen, es solle der Vortretende einen nur beschränkten Vorrang bekommen. Diese Tendenz der Abrede bestimmt die Beantwortung der Vorfrage, auf wem von beiden ein unvermeidbarer Nachteil lasten bleibt: auf dem Vortretenden. In Ermangelung gesetzlicher Regelung kann dann der Gedanke des § 881 IV BGB als von den Parteien gewollte Regelung verwendet werden. Die Sonderbarkeit, daß sich bei höherem Erlös für den Vortretenden weniger ergeben kann als bei geringerem Erlös, ist für die Parteien übersehbar, der Vortretende weiß, daß ihm dieser Nachteil erwachsen kann; er bedarf

daher keines Schutzes. Will er das Ergebnis vermeiden, dann kann er eine Rangordnung absoluten Charakters vorschlagen. Es besteht aber kein Bedürfnis für eine andere diesbezügliche gesetzliche Regelung.

Anders liegt es da, wo die relative Rangordnung kraft Gesetzes eintritt. Hier ist zunächst entscheidend, wessen Schutz das Gesetz bei der Gestaltung der Verhältnisse in den Vordergrund rückt. Wenn das Gesetz für den Fall des Zusammentreffens von gewissen Pfandrechten des Handelsrechts den Grundsatz verkündet, wer die Ware dem Bestimmungsort näher bringt, der stehe voran, während es im Bürgerlichen Recht die Zeit der Entstehung für maßgebend erachtet, also Posteriorität und Priorität in Widerstreit treten, dann ist ein unlösbarer Zwiespalt hervorgerufen; denn keiner der beiden Grundsätze kann, da sie gleichwertig nebeneinander stehen, als wichtiger angesprochen werden. Man könnte zwar daran denken, dem bürgerlich-rechtlichen Pfandgläubiger den Nachteil aufzubürden; denn wenn er sein Pfandrecht rechtsgeschäftlich erhält, dann muß er es sich gefallen lassen, daß ihm nur soviel Wert zur Sicherung zugestanden wird, wie der Verpfänder zu vergeben hat. Wenn dieser also die Ware bereits in den Verkehr gebracht hatte, dann ist um der entstandenen und möglicherweise noch entstehenden Pfandrechte willen, die kraft Gesetzes erwachsen, dem Verpfänder die Möglichkeit verschlossen, vollen Wert zu bieten. Es müßte demnach der rechtsgeschäftliche Pfandgläubiger die Nachteile auf sich nehmen. Das hieße, im Konfliktsfall würde auch ihm die Gefahr, bei Mehrerlös weniger zu erhalten, treffen; er wäre dann gewissermaßen der Rangvorbehaltsgläubiger. Diese Schlechterstellung ließe sich rechtfertigen.

Anders könnte es aber dann stehen, wenn der bürgerlich-rechtliche Pfandgläubiger ein gesetzliches Pfandrecht hat. Denn hier würde der Gesichtspunkt, daß die Rechtsstellung mit auf dem Willen des Pfandgläubigers beruht, nicht passen. Trotzdem ließe sich hier seine Schlechterstellung aus einem anderen Gedanken herleiten. Ist er nämlich einer der Pfandgläubiger, die kein Besitzpfandrecht haben, dann versagt ihm ja das BGB nach § 1257 den Verkehrsschutz: kein guter Glaube kann ihm

nützen. Für die Pfandrechte des BGB hingegen gilt gerade der Verkehrsschutz. Man könnte daher daran denken, einem solchen Ranggläubiger die schlechte Rangstellung als von dem Gesetz gewollt zuzusprechen; es wäre also auch in diesem Fall seine Stellung die des Rangvorbehaltgläubigers. Wie aber, wenn er ein gesetzliches Besitzpfandrecht erhält? Im Anschluß an die herrschende Meinung[163]), welche behauptet, § 1257 BGB wolle die §§ 1207 und 1208 auch bei gesetzlichen Besitzpfandgläubigern ausschließen, würde die Betrachtung die gleiche sein, da die gesetzliche Regel die gleiche ist. Wer freilich den gesetzlichen Besitzpfandgläubiger wie den vertraglichen Besitzpfandgläubiger behandelt zu wissen wünscht[164]), der könnte dem entwickelten Gedanken nicht zustimmen. Dann würde dem gesetzlichen Pfandgläubiger Schutz nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch gewährt sein. Hier müßte der bevorzugte Pfandgläubiger des Handelsgesetzbuchs weichen. Denn er erlangt eben den Vorrang des Handelsgesetzbuches nur in dem weitgehenden Umfang, wenn er ein Pfandrecht bekommt an Waren, deren Sicherungswert nicht schon durch vorangehende bürgerlich-rechtliche Besitzpfandrechte beeinträchtigt ist; er wäre dann der Rangvorbehaltsgläubiger.

Während die eben behandelte zweite Gruppe von Fällen sich dadurch auszeichnet, daß die Konflikte durch das Gesetz selbst herbeigeführt werden, ohne daß die Richtung der einzelnen Gläubiger irgendeine Rolle bei der Festlegung und Ausgestaltung ihrer Rechte spielte, gibt bei der dritten Gruppe die Stellung der Gläubiger zu den einzelnen Rechten insofern den Ausschlag, als der gute Glaube in bezug auf das Vorhandensein gleichartiger Rechte die Rangordnung mitbestimmt. Es sind dies die Fälle, wo ein späterer Pfandgläubiger das eine vorangehende Pfandrecht kennt, das andere nicht, also dem einem vorgeht, dem anderen nachsteht. Nach den vorangegangenen Erörterungen kann es nicht zweifelhaft sein, daß derjenige, dessen Recht der Gutgläubige nicht kennt, die Person sein muß, welche der Nachteil endgültig trifft. Denn wenn bei der zu unrecht gelöschten Hypothek deren Inhaber sich gefallen

[163]) Dazu Wolff, Sachenrecht § 163 III 2, insbesondere Anm. 24.
[164]) So Wolff a. a. O. und die dort in Anm. 26 genannten Schriftsteller.

lassen muß, daß der Nachteil auf ihm sitzen bleibt, obwohl doch das Grundbuch noch erkennen läßt, was gewesen war, dann muß dort, wo die Verlautbarung des Rechts durch den Besitz völlig unzureichend geschieht, derjenige doppelt geschützt sein, der nichts zu erkennen vermag, und derjenige Nachteil erleiden, dessen Recht genügender Verdeutlichung ermangelt.

Mit der Feststellung, wen in den Fällen, wo das Gesetz selbst eine relative Rangordnung herbeiführt, im Konfliktsfall der Schaden treffen muß, ist aber der entscheidende Punkt noch nicht geklärt, ob denn die bei einer Übertragung des Rechtsgedankens von § 881 IV BGB nun einmal unvollkommene Gestaltung der Verhältnisse nicht dringend der Abhilfe bedarf[165]). Im Gegensatz zu Heck, der, wie bereits an anderer Stelle gezeigt[166]), die Ordnung des § 881 IV BGB zu verteidigen sucht, haben wir den Standpunkt eingenommen, daß die Zufallsergebnisse zu einer gerade in der gegenwärtigen Zeit getadelten Verwirrung der Rechtsuchenden führen müssen und, weil für diese letzthin unverständlich, unbedingt zu vermeiden sind. Man wird daher bei einer Überarbeitung oder vollkommenen Neuordnung der in Betracht kommenden Rechtsgebiete zu erwägen haben, ob nicht relative Rangordnungen ausgeschaltet und absolute Rangverhältnisse an ihre Stelle gesetzt werden können. Dabei kann man die Schwierigkeiten nur dann lösen, wenn man erwägt, daß der Verkehrsschutz, der den Schutz des guten Glaubens mit sich bringt, dort in sein Gegenteil verkehrt wird, wo er die Rechtsverhältnisse verwirrt. Es muß deshalb der Verkehrsschutz, wo er als Schutz des gutgläubigen Erwerbers erscheint, eingeengt werden, damit die geschilderte Verwirrung vermieden wird. Es darf nicht dazu kommen, daß jemand unter Berufung auf seinen guten Glauben eine Rangstellung erhält, die bei der Erlösverteilung Zufallsergebnisse mit sich bringt. Es wäre deshalb zu erwägen, ob nicht der gutgläubige Erwerber nur mit dem Betrag vorrücken soll, der dem Zwischenberechtigten an sich schon vorgeht, das

[165]) Die auf dem Gebiet der Aufwertung vorgeschlagenen Formeln sind, wie Breit a. a. O. S. 114 ff. zutreffend bemerkt, so kompliziert, daß man sie nicht verwerten kann; die von ihm S. 147 mitgeteilte Tabelle Mügels beweist, daß Lösungsversuche dieser Art untauglich sind.

[166]) S. 26 der Arbeit.

heißt, der gutgläubige C darf vor A nur mit einem Betrag stehen, der zusammen mit dem Betrag des Zwischenberechtigten B der Summe gleichkommt, die A sich vorgehen lassen müßte, das heißt dem Gesamtbetrag des C. Wenn also A 3000 RM, B 4000 RM, C 6000 RM zu beanspruchen hat, C von B weiß, nicht aber von A, dann würde die neue Rangfolge sein: C 2000, B 4000, A 3000, C 4000 RM. Daß bei dieser Regelung der B einen ungerechtfertigten Vorteil erlangt, ist gleichgültig. Solange Wissenschaft und Praxis das Aufrücken von Hypotheken kennen, falls die Einigung bei der Bestellung vorangehender Hypotheken nichtig ist[167]), kann der Umstand, daß es sich um eine wirtschaftlich nicht zu rechtfertigende Besserstellung handeln würde, die vorgeschlagene Regelung nicht diskreditieren. Man muß sich eben vor Augen halten, daß das Ziel, eindeutige Rangverhältnisse zu schaffen, im Vordergrund steht. Daß C nicht die günstige Rangstellung bekommt, daß er trotz guten Glaubens nicht nur 4000 RM sich vorgehen lassen muß, ist gleichgültig, denn bei relativer Ranggestaltung versagt sein Vorrang vor A ja doch, wenn man § 881 IV BGB zur Lösung heranzieht und der Erlös zu hoch ist.

Ähnlich muß man dort verfahren, wo die relative Ranggestaltung durch das Zusammentreffen von bürgerlich-rechtlichen Pfandrechten mit solchen des Handelsrechts die Konfliktslage herbeiführt. Der durch das Posterioritätsprinzip bevorzugte Pfandgläubiger geht eben nur mit dem Betrage dem früheren handelsrechtlichen Pfandgläubiger vor, der zusammen mit dem des bürgerlichen Zwischenrechts seinem Gesamtbetrage gleich kommt. Legt man also das auf S. 47/48 d. A. gegebene Beispiel zu Grunde, so ergibt sich folgendes: es bestehen an einer Sache: I. A, ein gewöhnliches Kommissionärpfandrecht für 100 RM, II. B. ein bürgerliches Pfandrecht für 200 RM, III. C. ein bevorzugtes Frachtführerpfandrecht für 300 RM; die Verteilung des Erlöses geschieht dann folgendermaßen: C 100 RM, B 200 RM, A 100 RM, C 200 RM. Auch hier beseitigt das Ergebnis, die Schaffung eindeutiger Rangverhältnisse, unseres Erachtens alle Einwände.

[167]) Vergl. Wolff, Sachenrecht § 145 I 3 Anm. 4, wo die verschiedenen Ansichten einander gegenübergestellt sind.

Dagegen besteht dort, wo durch Parteivereinbarung relative Rangverhältnisse geschaffen werden, wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben[168]), kein Bedürfnis für den Gesetzgeber einzuschreiten.

---

[168]) S. 56 der Arbeit.